Revista Andaluza de Administración Pública
116
2023

Revista Andaluza de Administración Pública

116/2023
Julio-Diciembre

NÚMERO MONOGRÁFICO SOBRE LA NUEVA LEY DE FUNCIÓN PÚBLICA DE ANDALUCÍA

ESTUDIOS

Federico A. Castillo Blanco
Presentación

Miguel Sánchez Morón
La reforma del empleo público tras la aprobación del EBEP: balance y perspectivas

Eduardo Gamero Casado
La delimitación de funciones entre las distintas clases de personal

Juan Antonio Carrillo Donaire
La dirección pública profesional

Josefa Cantero Martínez
Instrumentos de organización, ordenación y planificación del empleo público

Rafael Jiménez Asensio
La selección y el acceso al empleo público

Luis Miguel Arroyo Yanes
La carrera profesional

Javier Cuenca Cervera
La provisión de los puestos de trabajo

Jesús Ángel Fuentetaja Pastor
Las situaciones administrativas

Federico A. Castillo Blanco
El sistema de recompensas: especial referencia a la retribución y al régimen disciplinario

Joan Mauri i Majos
El sistema de negociación y de resolución de conflictos

Junta de Andalucía
Consejería de Justicia, Administración Local y Función Pública
Instituto Andaluz de Administración Pública

Universidad de Sevilla

Junta de Andalucía

Revista Andaluza de Administración Pública

Nº 116

Julio - Diciembre 2023

Número Monográfico sobre la Nueva Ley de Función Pública de Andalucía

Revista semestral, esencialmente jurídica, cuyo objeto es la investigación, análisis y divulgación de las fuentes y actividades jurídicas relativas a la Administración Pública de la Comunidad Autónoma, ello sin exclusión de estudios o documentaciones referidas a otros poderes, instituciones o problemas de la propia Comunidad Autónoma u otras Administraciones Públicas por su incidencia en el ámbito de intereses de la Junta de Andalucía.

La Revista carece de adscripción ideológica o política determinada persiguiendo exclusivamente poner sus contenidos científicos, de modo objetivo e imparcial, al servicio de los intereses generales de Andalucía, respondiendo a su esencial caracterización de Revista científica, universitaria, libre y pluralista.

UNIVERSIDAD DE SEVILLA

INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Consejo Asesor
Alfonso Pérez Moreno. *Catedrático de Derecho Administrativo. (Presidente).*
Alejandre Durán, María Luisa. *Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.*
Escribano Collado, Pedro. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Flores Domínguez, Luis Enrique. *Secretario del Ayuntamiento de Sevilla.*
Galán González, José Luis. *Catedrático de Organización de Empresas. Universidad de Sevilla.*
Gutiérrez Colomina, Venancio. *Secretario de Ayuntamiento.*
Horgué Baena, Concepción. *Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Jiménez Blanco y Carrillo de Albornoz, Antonio. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Politécnica de Madrid.*
Loaiza García, José. *Director del Instituto Andaluz de Administración Pública.*
López Menudo, Francisco. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
López-Sidro Gil, Joaquín José. *Director General de Administración Local. Junta de Andalucía.*
Márquez García, Natalia Silvia. *Directora General de Recursos Humanos y Función Pública.*
Marrero García-Rojo, Ángel. *Letrado Mayor del Parlamento de Andalucía.*
Martínez Fernández, Julián. *Vicerrector de Investigación. Universidad de Sevilla.*
Morillo-Velarde Pérez, José Ignacio. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Pablo de Olavide.*
Ortiz Mallol, José. *Letrado de la Junta de Andalucía.*
Pérez Naranjo, Mª Gema. *Directora General de Estrategia Digital. Junta de Andalucía.*
Pérez Pino, Mª Dolores. *Jefa del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.*
Roas Martín, Pedro. *Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.*

Director:
Jesús Jordano Fraga. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*

Secretario:
Alejandro Román Márquez, *Profesor de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*

Consejo de Redacción:
Arana García, Estanislao. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Granada.*
Barrero Rodríguez, Concepción. *Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Carbonell Porras, Eloisa. *Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Carrillo Donaire, Juan Antonio. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Castillo Blanco, Federico. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Granada.*
Escribano López, Francisco. *Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Sevilla.*
Fernández Ramos, Severiano. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Cádiz.*
Gamero Casado, Eduardo. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Pablo de Olavide.*
González Rios, Isabel. *Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Málaga.*
Núñez Lozano, María del Carmen. *Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Huelva.*
Millán Moro, Lucía. *Catedrática de Derecho Internacional Público. Universidad Pablo de Olavide.*
Pérez Andrés, Antonio Alfonso. *Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Pérez Gálvez, Juan Francisco. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Almería.*
Rebollo Puig, Manuel. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Córdoba.*
Rivero Ysern, José Luis. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Vázquez Alonso, Víctor J. *Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Sevilla.*
Vera Jurado, Diego. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Málaga.*

Consejo Científico.
Alenza García, José Francisco. *Universidad de Navarra.*
Amado Gomes, Carla. *Universidad de Lisboa.*
Cano Campos, Tomás. *Universidad Complutense de Madrid.*
Casado Casado, Lucía. *Universidad Rovira Virgili.*
Civitarese Matteucci, Stefano. *Universidad "G. d'Annunzio" Chieli - Pescara.*
Domenech Pascual, Gabriel. *Universidad de Valencia.*
Fernández Torres, Juan Ramón. *Universidad Complutense de Madrid.*
Galán Galán, Alfredo. *Universidad de Barcelona.*
Gómez Puente, Marcos. *Universidad de Cantabria.*
Hernández González, Francisco Lorenzo. *Universidad de La Laguna.*
López Ramón, Femando. *Universidad de Zaragoza.*
Lozano Cutanda, Blanca. *Universidad a distancia de Madrid.*
Mir Puigpelat, Oriol. *Universidad de Barcelona.*
Montoya Martín, Encarnación. *Universidad de Sevilla.*
Nogueira López, Alba. *Universidad de Santiago de Compostela.*
Parejo Alfonso, Luciano. *Universidad Carlos III.*
Piñar Mañas, José Luis. *Universidad San Pablo −CEU de Madrid.*
Rodriguez Arana, Jaime. *Universidad de la Coruña.*
Santamaría Pastor, Alfonso. *Universidad Complutense de Madrid.*
Sanz Rubiales, Iñigo. *Universidad de Valladolid.*
Soro Mateo, Blanca. *Universidad de Murcia.*
Tavares da Silva, Suzana. *Universidad de Coimbra.*
Tolivar Alas, Leopoldo. *Universidad de Oviedo.*
Valcárcel Fernández, Patricia. *Universidad de Vigo.*
Valencia Martín, Germán. *Universidad de Alicante.*

Secretaría de Redacción:
Facultad de Derecho. Campus Ramón y Cajal C/ Enramadilla, 18 -20. 41018 Sevilla.
Tlf.: (95) 455 12 26.

Realización:
Instituto Andaluz de Administración Pública

Edita:
Instituto Andaluz de Administración Pública

ISSN: 3020-6731, Depósito Legal: SE 677-2024.
Talleres: Servicio de Publicaciones y BOJA
Suscripción anual (2 números): 24 euros. (IVA incluido)
Número suelto: 12 euros. (IVA incluido)
Pedidos y suscripciones: Instituto Andaluz de Administración Pública
Servicio de Documentación y Publicaciones
Calle Torneo núm. 26
41002 SEVILLA
Tlf.: 95 504 24 00 - Fax: 95 504 24 17
www: juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica
Email: publicaciones.iaap@juntadeandalucia.es

FSC
MIXTO
Papel
FSC® C116884

PRESENTACIÓN

1. El contexto que precede a la Ley de Función Pública de Andalucía

La construcción de la burocracia pública en la mayoría de las Comunidades Autónomas, a juicio de la mayoría de los observadores (CÁMARA, SÁNCHEZ Y TERRÓN, 1990 y PORRAS, 1994), nació en cierto sentido lastrado por al menos dos elementos que han venido condicionando a lo largo de las últimas décadas su definitiva conformación: en primer término, porque la preocupación por parte de las Comunidades Autónomas se centró no tanto en construir una nueva Administración sino en el proceso de reivindicación competencial abierto con la aprobación de los distintos Estatutos; en segundo lugar, porque en muchos casos la inexistencia de un marco legal en el empleo público adaptado a las previsiones constitucionales que sólo surgirá en el año 1984 cuando los efectivos –en forma de contratados e interinos- y la forma de funcionamiento de la función pública autonómica condicionó decisivamente la forma de gestión a plantear en las futuras normas y la problemática a resolver (MORILLO VELARDE, 2008).

Muchos de estos obstáculos han quedado atrás, pero, en cualquier caso, los resultados han sido unas Administraciones autonómicas, miméticas en gran medida en cuanto a su diseño organizativo al modelo estatal y durante un cierto periodo de tiempo una función pública en capas donde era posible, a juicio de la doctrina científica que se ha ocupado del tema, distinguir a los diversos colectivos atendiendo a su procedencia y régimen jurídico.

En el caso de Andalucía, específicamente, son plenamente aplicables las consideraciones anteriores. La Ley 6/1985, de 28 de junio, de Función Pública de Andalucía, una ley fiel al modelo estatal de esos momentos con los condicionantes –reflejados en sus propias disposiciones- derivados de la realidad precaria del empleo en ese momento existente en la Junta de Andalucía, ha sido objeto de modificación en variadas ocasiones. Las más significativas y estratégicas han acontecido a impulsos de las reformas a su vez acontecidas en el ámbito estatal. Así, a título de ejemplo, la que se introduce con la Ley 3/1991, de 28 de diciembre para adaptarla a la Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública que había sido objeto de modificación tras la sentencia 99/1987, de 11 de junio del Tribunal Constitucional, la Ley 17/1999, de 28 de diciembre, que incorporó las modificaciones producidas en la Oferta de Empleo Público, o la acontecida con la Ley 2/2016, 11 mayo, en materia de valoración de la antigüedad a efectos de méritos incluyendo los servicios prestados como interino. Como puede observarse reformas puntuales a las que deben añadirse específicas previsiones realizadas a través de la legislación presupuestaria o de acompañamiento

de los presupuestos. En ningún caso, y hasta ahora, se había intentado, bien es cierto que hubo iniciativas que no llegaron a prosperar, una operación integral de diseño de un modelo de empleo público. Con sus luces y con sus sombras, pero ahora sí un intento normativo con ambición y envergadura.

Ciertamente se ha echado de menos un impulso propio que, sin perjuicio de ser respetuoso con la normativa básica, estuviese adaptado a las necesidades de la sociedad andaluza y, lo que es más importante, con una definición estratégica singular alejada de situaciones coyunturales derivadas del personal existente, sobre todo si se tiene en cuenta el peso específico de la Comunidad Autónoma de Andalucía en el conjunto del Estado y el factor de impulso que en la economía andaluza representa contar con un empleo público que ayude a ser tractor de los cambios que es preciso acometer en estos momentos que, en el argot atinente a los cambios que se producen social, económica y políticamente, se han calificado como tiempos VUCA.

Tiempos en que es preciso seguir gestionando nuestras instituciones, con las limitaciones que impone su carácter de públicas, y cuyos escenarios normativos, arquitecturas organizativas y funcionales, procesos y procedimientos y perfiles de puestos de trabajo fueron pensados para marcos y contextos distintos al actual que viene caracterizado, como pone de relieve el acrónimo, por cambios frecuentes y algunas veces impredecibles. Gestionar eventos novedosos, en muchos de los cuales hay poco conocimiento acumulado y del impacto que generarán, con muchos actores involucrados, y sin suficientes herramientas para predecir las nuevas reglas del juego requiere de una receta de transformación integral de los sistemas públicos y específicamente los relativos al empleo público.

Y es que la recomendación es fácil de escribir, pero concretizarla en acciones puntuales es la tarea más desafiante. Es lo que la OCDE (2020) describe como el desafío de "cambiar los neumáticos mientras el automóvil está en marcha", es decir, el cambio de sistemas en el sector público es difícil en gran parte porque el sistema en sí no se puede apagar, rediseñar y reiniciar, pues deben estar disponibles continuamente, mientras los cambios se diseñan e implementan.

Con las dificultades añadidas que se presentan en nuestro sistema político, como ha puesto de relieve VELASCO CABALLERO (2019), con una fragmentación del espectro político, y en el que los verdaderos procesos de reforma, más allá de las soflamas de carácter político, se producen de forma continua y a veces imperceptible dados los imponderables institucionales de nuestro país que hacen difícil y costoso un proceso de reforma administrativa como los que, en ocasiones, se proponen sin ponderar las dificultades innatas a nuestro sistema institucional. En esto, y debe subrayarse por lo que de aplauso debe merecer, esta Ley de Función Pública de Andalucía ha contado con el apoyo parlamentario de los dos grandes partidos del pa-

norama político de Andalucía que es preciso aprovechar para impulsar en la medida de los posible los cambios que nuestro empleo público demanda.

2. Tres reflexiones previas: ¿Es suficiente dictar una nueva Ley para que se produzcan los cambios que el empleo público de Andalucía necesita? ¿Es esta la mejor Ley?

Una primera reflexión es necesaria a modo de baño de realidad. No resulta cierto pensar que basta una reforma legal para operar los cambios que el empleo público de Andalucía necesita. Eso será un primer paso necesario sin duda a tenor de lo ya expuesto, pero lo verdaderamente relevante será el rigor con se apliquen las normas y el cambio de cultura administrativa que exigen para su éxito. Y eso a buen seguro será, con todas las reformas legales que se quieran, sin duda el punto de equilibrio para el éxito de los cambios que nuestro empleo público demanda. Efectivamente, y como puso de relieve PRATS (2000) hace algún tiempo es preciso, para que las reformas del Estado alcancen el éxito que se espera de las mismas, que se produzca un cambio institucional[1]. La reforma del sistema de empleo público no puede ser solamente una operación meramente técnica sometiéndola a una lógica de cambio perfectamente planificado, sino que va a requerir también de un proceso constante, dilatado a lo largo del tiempo, que modifique también aquellos elementos subyacentes que en forma inercial permanecen en el empleo público sea cual sea la norma legal o reglamentaria que se dicte.

No quiero, sin embargo, restar capacidad a las normas para resolver muchas de las lagunas que se dan en este ámbito, pero si poner de relieve simplemente, como ya se ha hecho notar, que la mera existencia de las mismas no cambiará por si sola muchos de los defectos que se vienen señalando por la doctrina y los expertos. Y nuevas normas, sin una lectura adecuada del porqué no se obtuvieron los resultados deseados con las normas que se desechan, me temo que nos condenará de nuevo a lamentarnos pasado un tiempo del fracaso de las mismas como han puesto de relieve algunos estudios como los realizados por la OCDE (2006) evaluando los ciclos de reformas en el sector público y que ponen de relieve, tanto que los cambios hechos en las reglas, estructuras y procesos no consiguen por si solos cambiar los comporta-

[1] Quiere decir ello, en palabras de dicho autor, que "las organizaciones estatales no son libremente disponibles; contrariamente, se encuentran ampliamente sobre determinadas por el tipo de institucionalidad pública existente, es decir, por las normas y reglas –formales e informales- que establecen los fines, límites, actores, procedimientos y formas de participación en la acción colectiva, así como por los correspondientes modelos mentales, actitudinales y valorativos que prestan legitimidad, permiten la vigencia y dificultan el cambio de tales reglas y normas". De todo lo cual deduce el autor una conclusión: "si la institucionalidad pública es el marco de incentivos de las organizaciones públicas, cualquier reforma de éstas sólo será positiva y duradera en la medida en que contribuya a reformar también positiva y duraderamente el fondo o marco institucional en que la organización se inserta".

mientos y las culturas, cómo que las reformas sólo serán efectivas cuando consiguen inducir el cambio en una diversidad de actores[2].

La segunda reflexión tiene que ver con una idea que, en su momento, escuché al Prof. SÁNCHEZ MORÓN y que se concreta en la opinión relativa a que la mejor Ley, reflexión especialmente aplicable cuando nos referimos al empleo público, no necesariamente es la que con más ambición identifica sus objetivos sino la que, en el contexto y circunstancias concretas en que se dicta, es posible hacer sin renunciar a conseguir sus objetivos esenciales. Y creo que la valoración del Proyecto de Ley que se analiza debe tener en cuenta esa máxima. Sin duda, la norma podría haber llegado más allá o haber sido más ambiciosa, pero lo cierto es que en la valoración de la idoneidad de la misma no podemos sino tener en cuenta que ir más allá de lo posible quizás sería un fracaso mayor dada la institucionalidad y las pautas culturales existentes en la actualidad en la burocracia pública de Andalucía.

Por tanto, la pregunta en realidad a responder no es si es esta la mejor iniciativa legislativa que se podría haber efectuado sino, más bien, si es esta la norma que nos permitirá avanzar en la construcción de una burocracia moderna al servicio del interés general que sea un tractor de los cambios que necesita Andalucía y no una remora.

Y como no hay dos sin tres, también hay una tercera y es que el objetivo de las reformas del empleo público no puede ser el *consenso*. El intento de consenso, sobre todo con los destinatarios de las normas, es algo consustancial y necesario a cualquier intento de reformar en profundidad las instituciones, pero si ese sacrosanto consenso, sobre todo el que se refiere al acuerdo con las organizaciones sindicales, nos conduce a un *gatopardismo* cuyo resultado final es no cambiar nada quizás deberíamos de preguntarnos si merece la pena el esfuerzo emprendido[3]. La relevancia en el texto finalmente aprobado de la Ley de *cláusulas apócrifas* nos hace temer lo peor cuando se avance en el desarrollo reglamentario que, no nos engañemos, será el verdadero

---

[2] Y es que quizás lo más relevante son las lecciones aprendidas. En efecto, cuando se habla de reformas del sector público, en opinión de la OCDE en el citado Informe, si bien éstas han conseguido que los gobiernos en general sean hoy más eficientes, transparentes, receptivos y focalizados en el desempeño que con anterioridad, no cabe olvidar distintos aspectos qué, como la complejidad del sistema de gobernanza pública en que éstas se insertan, concebir las reformas como un proceso continuo y el necesario cambio cultural que implican exigen consideraciones adicionales. Amén de ser conscientes de que una reforma integral del empleo público no puede seguramente desgajarse de una más amplia que afecte a la organización, procedimientos y formas de actuación del conjunto de nuestras Administraciones públicas.

[3] En ciencias políticas, dicha expresión cuyo significado final se concreta en «cambiar todo para que nada cambie», es una paradoja expuesta por Giuseppe Tomasi di Lampedusa (1896-1957). La cita original expresa la siguiente contradicción aparente: "Si queremos que todo siga como está, es necesario que todo cambie".

momento en qué podremos saber la capacidad de reforma de la situación actual en la norma recientemente aprobada[4].

3. Las novedades incorporadas a la Ley de Función Pública de Andalucía

Aunque todo no puedan ser aplausos y se dejen sin resolver algunos problemas[5], creo que son destacables múltiples aspectos novedosos, y de necesario y justo elogio, en la legislación de empleo público recientemente aprobada en Andalucía que configura, sobre todo, un marco normativo que permite, si así se desea y se tiene la voluntad política para hacerlo, introducir ciertos cambios en la situación hasta ahora existente mediante el desarrollo y la puesta en práctica de las distintas medidas incluidas en el mismo.

Por supuesto cabe destacar de su contenido la incorporación de principios de actuación novedosos como inspiradores de la legislación que se promueve: buena administración, rendición de cuentas, etc. (artículo 4); las previsiones específicas en materia de transparencia en esta materia conforme a las resoluciones que, a estos efectos, vienen siendo dictadas por los órganos administrativos a estos efectos constituidos (artículo 5); las concretas alusiones a los conflictos de intereses más allá de las obligaciones de abstención que impone la legislación de procedimiento administrativo (artículo 6); una mejor y más detallada enumeración de las funciones que ameritan la prestación de servicios en régimen funcionarial, que se declara como la fórmula general para la prestación de servicios en la Junta de Andalucía, que resulta novedosa y que, efectivamente, puede ser calificada de desarrollo de las previsiones de lo establecido en la legislación básica sin reiterar miméticamente los contenidos de esta y, en paralelo, la delimitación de las funciones a prestar por personal laboral (artículo 15) y del personal eventual limitando, en este último caso, los supuestos en que puede ser utilizado (artículo 17); una enumeración de derechos, pero especialmente de deberes a los que reconduce los principios éticos y de conducta establecidos en la legislación básica de empleo público, pero también en cualesquier otra normativa lo que tiene

---

[4] Me refiero a Carl Schmitt que acuño uno de sus conceptos más célebres -formulado en su Teoría de la Constitución (1928)- fue el de "compromisos apócrifos" (*unechte* o *Scheinkompromisse*) esto es, fórmulas de compromiso o entendimiento que, desde un punto de vista lingüístico, tienen apariencia de genuinos acuerdos transaccionales entre puntos de vista o partidos políticos opuestos, pero que, analizados a fondo, son ambiguos y admiten dos interpretaciones antagónicas irreconciliables. Se trata, pues, de meras apariencias de acuerdo que se limitan a postergar una decisión sobre una cuestión controvertida (*dilatorische Kompromisse*).

[5] A título de ejemplo solo apuntar, y dada la conflictividad existente en este aspecto, que quizás hubiese sido conveniente establecer alguna previsión respecto de los procesos de reinternalización de personal procedentes de contratas o como consecuencia de la supresión de organismos públicos dependientes de las Administraciones territoriales. Las entidades locales, es preciso recordarlo, no tienen potestad legislativa como la Comunidad Autónoma y quizás, a la vista de dicha circunstancia, hubiese sido aconsejable alguna previsión.

una directa traslación en el régimen disciplinario (artículo 33); la plena incorporación de nuevas modalidades de prestación de servicios como el teletrabajo cuya regulación concreta como no puede ser de otra forma se remite a la normativa reglamentaria; la regulación de las incompatibilidades poniendo fin a la situación transitoria creada por el EBEP respecto de qué puestos de trabajo, con independencia de la cuantía del complemento específico, se considerar no susceptibles de compatibilidad con el ejercicio de actividades privadas (artículo 43); la introducción y delimitación de los conceptos formación, aprendizaje y acreditación de competencias, los objetivos que se ha de perseguir y su consideración cómo derecho y deber de los empleados públicos y las consecuencias de dicha consideración que pretende superar la situación de desconcierto existente hasta ahora respecto del significado y consideración que debe tener dicha actividad (artículos 45 y siguientes); la apuesta por mejorar la planificación de recursos humanos donde quizás pudiese haberse templado la rigidez de alguno de los instrumentos existentes como la oferta pública de empleo (artículo 90 y siguientes); la introducción de medidas de flexibilización en la asignación de recursos humanos donde, a título de ejemplo, se contempla la posibilidad de superponer estructuras provisionales y complementarias a los puestos de trabajo vinculadas a actuaciones, proyectos o programas organizados entre órganos directivos distintos (artículo 104.2); la previsiones establecidas sobre movilidad temporal, provisional forzosa por cargas de trabajo, estructural, funcional y la regulación más detallada de la redistribución de efectivos y la atribución temporal de funciones; (artículos 129 y siguientes); la mejora de la regulación de las distintas situaciones administrativas y reincorporación de personal que haya desempeñado cargos públicos, etc.

En cualquier caso, debe resaltarse las previsiones establecidas en materia de acceso al empleo público, que establecen un marco de actuación que permitirá en su desarrollo dar respuesta en gran medida a aquellas cuestiones que, en torno a los procesos selectivos, se habían realizado en las recomendaciones realizadas en los últimos tiempos por la doctrina más especializada (JIMÉNEZ ASENSIO, 2018, CASTILLO BLANCO, 2021 y SÁNCHEZ MORÓN, 2022), con la incorporación de la fiabilidad y la validez predictiva como principios que han de estar presentes en los procesos de selección del personal como criterio para delimitar el tipo de pruebas y de la posesión de habilidades y competencias (artículo 105.2) o la regulación más estricta de los órganos de selección junto con la previsión de órganos especializados en esta materia cómo órganos técnicos subrayando la exigencia de que ostenten conocimientos en técnicas de selección (artículo 110) y contemplando una variedad de técnicas para dicho objetivo (artículo 112).

Y también existen novedades de cierto calado en materia de dirección pública profesional, la carrera profesional de los empleados públicos de Andalucía y el sistema de incentivos -recompensa y sanción- establecidos en esta norma. Y especialmen-

te debemos referirnos, por la novedad que representa en el escenario de las normas de empleo público, el órgano administrativo de resolución de recursos en materia de empleo público que en esta norma se contempla.

En fin, así podríamos seguir dada la gran diversidad de cuestiones que plantean los distintos subsistemas de la función pública, pero, dada la necesaria breve extensión de esta presentación, me remito a los estudios que se presentan que, con mayor acierto, desgranan detalladamente los distintos extremos que en las instituciones señeras que conforman un sistema de empleo público pueden encontrarse.

4. El número especial dedicado al empleo público de Andalucía: temas y autores

La idea de este número especial surgió del Consejo de Redacción de la Revista Andaluza de Administración Pública, y más en concreto de su Director el profesor Jordano Fraga, que me encomendó, en mi calidad de miembro del mismo, la dirección de unas jornadas sobre esta Ley, en ese momento todavía en trámite, en las que contamos con la inestimable colaboración de la Secretaria General de Administración Pública de la Junta de Andalucía quien se sumó con entusiasmo a la propuesta y del Instituto Andaluz de Administración Pública sin cuya organización no hubiera sido posible la celebración de las mismas que, creo no equivocarme, fueron un rotundo éxito. De esas jornadas, celebradas en junio de 2023, surgieron las reflexiones que en este número se presentan.

En cuanto a los temas abordados soy plenamente consciente de que no se abordan todos los ítems que un estudio exhaustivo de la norma de empleo público andaluza requeriría. Cierto es, pero no menos cierto es que, como podrá comprobarse, en este número se analizan los aspectos más esenciales en lo que se refiere a la conformación de un sistema de empleo público. Desde la estructuración del empleo público y la figura de la dirección pública profesional, la selección, la carrera profesional y la provisión de los puestos de trabajo, las situaciones administrativas, los instrumentos organizativos, los sistemas de incentivos, la negociación colectiva, etc. Faltan ciertamente algunos aspectos, pero como se ha dicho el lector podrá encontrar en los trabajos que se acompañan una fotografía del modelo de empleo público que se implantará en las Administraciones andaluzas en los próximos años.

De lo autores solo diré parafraseando la célebre frase que, si bien no están todos los que son, lo que están son. Cualificados profesionales y expertos todos los cuales llevan estudiando y escribiendo sobre la función pública desde hace ya largos años y que son verdaderos referentes en los temas que se abordan en el presente número.

Empezando por el Prof. Sánchez Morón auténtico maestro de todos los que en este país nos hemos dedicado al estudio del empleo público en las últimos dos

décadas, que encabeza este número especial con una reflexión y un balance sobre el devenir del empleo público tras la reforma acontecida en 2007. Voz, además, especialmente autorizada pues fue su buen hacer, su sentido común y el profundo conocimiento que atesora en esta materia la que le llevó a presidir la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, en la que tuve el honor de participar, que dio a luz seguramente el mejor diagnóstico que se ha realizado del empleo público y ofreció un conjunto de propuestas que inspiraron en gran medida el Estatuto Básico del Empleado Público.

Pero también nos acompañan en este número otros brillantes compañeros de la Academia, especializados en materia de empleo público desde hace años, como los Profesores Fuentetaja, Arrollo, Mauri o la profesora Cantero. Todos suficientemente conocidos y reconocidos. Basta repasar la bibliografía sobre empleo público en los últimos veinte años para que el lector confirme la apreciación de quien escribe estas líneas.

También participan en este número relevantes y reconocidos especialistas en la materia que ahora laboran fuera de la Universidad, pero que, en su quehacer profesional y en los trabajos de investigación que han desarrollado a lo largo de los años con rigor y acierto, son un auténtico referente en la materia. Rafael Jiménez Asensio y Javier Cuenca son, sin duda, dos nombres de referencia para todos aquellos que gestionan los recursos humanos de las entidades públicas y, sobraría decirlo, para los que nos dedicamos al estudio de éstos.

Por último, es preciso referirse a destacados compañeros, de las dos Universidades de Sevilla, como son los profesores Gamero y Carrillo suficientemente conocidos por su seriedad y rigor como atestigua su obra científica. Ambos, junto a quien suscribe estas líneas, participaron en algún momento, y en distintas materias, en la elaboración de los borradores que precedieron al Proyecto de Ley, y aun cuando ni todas nuestras propuestas fueron aceptadas ni podamos considerarnos autores del texto finalmente tramitado, lo cierto es que son voces especialmente autorizadas para reflexionar sobre las materias que cada uno abordan en este número.

5. Un número que es un homenaje al Profesor Sánchez Morón: el inspirador de la última gran reforma del empleo público

En realidad, y como gusta decir al Profesor Sánchez Morón, reformar el empleo público no es una tarea fácil. Intereses diversos y encontrados, la resistencia de los que se encuentran cómodos en el sistema aun cuanto este necesite de reformas urgentes y la propia desgana generalizada en nuestros responsables políticos en un asunto que puede ocasionar más de un dolor de cabeza, han tenido como resultado que las reformas del sistema de empleo público, a lo largo de nuestra historia, no se hayan producido con la cadencia y el impulso necesario en cada momento. Difícil pero no imposible como también subraya dicho autor.

La mayoría de las que se han realizado son conocidas por el nombre de su inspirador y así resulta un lugar común hablar de la reforma de López Ballesteros (1825-1827), Bravo Murillo (1852), O´Donnel (1866), Maura (1918), López Rodó (1964). Quizás la única reforma innominada, si bien no se nos esconde la influencia que sobre esta pudo tener el profesor Ortega Álvarez, se produce tras el texto constitucional con la reforma de 1984 que, aunque de importancia en ciertos aspectos nada menores como, entre otros, la carrera profesional o las retribuciones, no fue sino una norma provisional y urgente que quedaba a la espera de un esfuerzo de mayor calado.

Pues bien, sin duda, y tras varios intentos que no tuvieron el éxito que hubiera sido de esperar, fue la reforma introducida en 2007 con el Estatuto Básico del Empleado Público, y que fue inspirada en buena medida en las consideraciones de la Comisión que presidió el Profesor Sánchez Morón, la esperada reforma del empleo público tras la Constitución Española de 1978. Tanto por su vocación integral, como también por el modo de enfocar la definición del modelo de empleo público con una nueva relación entre normas básicas y legislación de desarrollo que era desconocida hasta ese momento y los resortes de cambio que introducía en el sistema de empleo público, puede decirse que ésta ha sido el hito normativo en la historia de la función pública española en el presente siglo y la base sobre la que se asientan las normas autonómicas dictadas hasta el momento entre las que se encuentra la Ley de Función Pública de Andalucía que se analiza en este número.

Cuando se escriben estas líneas, septiembre de 2023, hemos asistido a la última lección magistral del que, y creo que se compartirá esta reflexión por todos los que nos hemos dedicado en las últimas décadas al estudio del empleo público, puede ser considerado el principal inspirador de dicha reforma como ya se apuntó con anterioridad y el maestro de toda una generación de administrativistas que hemos aprendido las claves esenciales de esta reforma de sus reflexiones. Me refiero, como seguramente ya se imagina el lector avezado, al Profesor Sánchez Morón. Quisiera,

en nombre y por expreso deseo de los participantes en este número especial de la Revista Andaluza de Administración Pública, dedicar este volumen a este admirado maestro y compañero de todos.

Gracias a todos los autores y gracias a ti Miguel en nombre de todos nosotros por tus enseñanzas.

Federico A. Castillo Blanco

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Granada

SUMARIO

Pág.

ESTUDIOS

Miguel Sánchez Morón
La reforma del empleo público tras la aprobación del EBEP: balance y perspectivas 29

Eduardo Gamero Casado
La delimitación de funciones entre las distintas clases de personal 47

Juan Antonio Carrillo Donaire
La dirección pública profesional 95

Josefa Cantero Martínez
Instrumentos de organización, ordenación y planificación del empleo público 137

Rafael Jiménez Asensio
La selección y el acceso al empleo público 193

Luis Miguel Arroyo Yanes
La carrera profesional 241

Javier Cuenca Cervera
La provisión de los puestos de trabajo 291

Jesús Ángel Fuentetaja Pastor
Las situaciones administrativas 311

Federico A. Castillo Blanco
El sistema de recompensas: especial referencia a la retribución y al régimen disciplinario 339

Joan Mauri i Majos
El sistema de negociación y de resolución de conflictos 371

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

1. TEMAS DE INTERÉS PARA LA REVISTA

La *Revista Andaluza de Administración Pública* publica trabajos originales sobre Derecho Administrativo y Administración Pública, dispensando especial atención a los que puedan resultar de interés para el conocimiento del Derecho y de las instituciones autonómicas.

2. ENVÍO DE ORIGINALES

Los trabajos deberán ser originales e inéditos. Se enviarán por correo electrónico a la dirección raap@us.es

El envío de un trabajo implica el compromiso de no retirarlo, a menos que la Revista rechace su publicación; se esté en desacuerdo con la sección que el Consejo de Redacción haya determinado para su publicación; o se esté en desacuerdo con las modificaciones que el Consejo de Redacción haya estimado necesarias. Implica asimismo el compromiso de no publicar el trabajo en lugar alguno hasta que el Consejo de Redacción se haya pronunciado. La aceptación expresa de estas condiciones es requisito previo indispensable para poner en marcha el proceso de evaluación del trabajo. Su incumplimiento permitirá a la Revista rechazar de plano cualquier otro trabajo de la misma autoría.

3. NORMAS DE EDICIÓN

a) Formato. Los originales deberán ir escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman, normal, tamaño 12 en texto y 10 en notas a pie de página. Su extensión total no deberá superar las 40 páginas.

La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores, filiación académica o profesional, direcciones de correo electrónico y ordinario y teléfono de contacto. En una segunda página se presentarán dos resúmenes, uno en español y otro en inglés, de unas 120 palabras cada uno. Igualmente deberá contener palabras claves –de 3 a 5– en cada idioma.

Los originales deberán incluir al principio un Sumario según el siguiente modelo que es el que ha de seguirse, además, en los distintos epígrafes del texto:

I. EPÍGRAFE DE PRIMER NIVEL. MAYÚSCULAS PRECEDIDAS DE NÚMERO ROMANO

1. Epígrafe de segundo nivel, en negrillas

A. Epígrafe de tercer nivel, en letra normal

a). Epígrafe de cuarto nivel. Cursivas

b) Notas a pie de página. Todas las notas irán a pie de página, a espacio sencillo. Serán numeradas mediante caracteres arábigos, en formato superíndice. Tras la primera referencia bibliográfica completa, sólo se redactarán de forma abreviada. Ejemplos:

- CLAVERO ARÉVALO, M.F., *El nuevo régimen de licencias de urbanismo,* Civitas, Madrid, 1976, p. 34.

  CLAVERO ARÉVALO, M.F. (1976: 34).

- CLAVERO ARÉVALO, M.F. "La inejecución de sentencias contencioso-administrativas y del Tribunal Constitucional", en F. LÓPEZ MENUDO (coord.) *Derechos y garantías del ciudadano: estudios en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno,* Iustel, Madrid, 2011, p. 501.

  CLAVERO ARÉVALO, M. F. (2011: 501).

- CLAVERO ARÉVALO, M. F. "Instituciones autonómicas de Andalucía", en *Administración de Andalucía, Revista Andaluza de Administración Pública,* núm. 1 (1990), p. 21.

  CLAVERO ARÉVALO, M.F. (1990: 21).

c) Bibliografía. Las referencias bibliográficas irán al final y se limitarán a las obras citadas en el trabajo. Se ordenarán alfabéticamente por el primer apellido del autor, en mayúsculas, bajo el título "Bibliografía".

4. PROCESO DE PUBLICACIÓN

La Revista Andaluza de Administración Pública decidirá, a través de su Consejo de Redacción, la publicación de los trabajos, una vez que hayan sido informados por dos evaluadores externos, especialistas en la materia, aplicándose el método ciego.

Los autores de artículos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 8 días. En caso contrario podrá determinarse su publicación sin más, o la no publicación. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando limitados a la corrección de errores.

5. COPYRIGHT

El autor o los autores ceden a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos.

ESTUDIOS

La reforma del empleo público tras la aprobación del EBEP: Balance y perspectivas

Miguel Sánchez Morón
Catedrático de Derecho Administrativo (emérito)
Universidad de Alcalá

1.- Legislar sobre la función pública nunca ha sido una cuestión fácil. No me refiero a modificaciones puntuales de la legislación en la materia, que son numerosas y frecuentes, sino a los proyectos que pretenden una reforma integral o, al menos, profunda del modelo en vigor, con el fin de solventar sus deficiencias estructurales. Este es y ha sido siempre un asunto complejo, ya que afecta a muchos intereses en juego, diversos y a veces contrapuestos, y tiene que lidiar con estructuras y con hábitos difíciles de cambiar. Muchos políticos, incluso de espíritu reformista, consideran el régimen de la función pública como un avispero, del que es mejor alejarse. Y son muy pocos los que se han echado a la espalda la tarea de abordar ese tipo de reformas, por lo demás tan importantes para el funcionamiento del Estado.

De hecho, a lo largo de los dos últimos siglos solo es posible computar cuatro reformas legislativas generales de la función pública: el Estatuto de Bravo Murillo de 1852 (Real Decreto de 18 de junio de ese año), el conocido como Estatuto de Maura de 1918 (Ley de Bases de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado, de 22 de julio), la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1963 (texto articulado aprobado por Decreto de 7 de febrero de 1964)[1] y el Estatuto Básico del Empleado Público de 2007 (Ley 7/2007, de 12 de abril). En mi opinión, a esa lista habría que añadir también la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública de 1984 (Ley 30/1984, de 4 de agosto), ya que, aunque se trata de una reforma parcial, modificó elementos esenciales del modelo hasta entonces en vigor, con la finalidad de cambiarlo. Cinco reformas generales, pues, o cuatro y media, si se prefiere.

Por otra parte, tampoco ha sido sencillo nunca llevar a la práctica tales reformas. Todas ellas han dejado su huella, sin duda, en la evolución y la conformación de

[1] Sobre los textos de estas tres primeras reformas y alguna legislación general anterior y complementaria véase *Estatutos históricos de lo funcionarios de la Administración Civil del Estado (1828-1963)*, compilación, revisión y comentarios de R. González Antón, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1996. Legislación distinta, aunque inspirada en las mismas bases, es la de los funcionarios de Administración Local, sobre la que son imprescindibles las reformas introducidas o consolidadas por el Estatuto Municipal de 1924 y el Estatuto Provincial de 1925, base de toda la legislación posterior.

nuestra función pública, pero su aplicación tropezó y tropieza aun hoy con resistencias al cambio, de carácter político, corporativo o sindical, y con los usos adquiridos (que a veces son "abusos adquiridos", como los calificó en su día J. Santamaría Pastor). De hecho, ninguna de esas reformas generales ha cumplido todas sus ambiciones y no han podido evitar el desarrollo de fenómenos, deficiencias o distorsiones, que no estaban en el guion. A la reforma de Bravo Murillo, que racionalizó la estructura de la función pública del naciente Estado centralizado, el sistema de carrera y el régimen de retribuciones, le salió el bocio de las cesantías. A la reforma de Maura, que afrontó con decisión este problema y garantizó la inamovilidad, le siguió un desarrollo insospechado del corporativismo, garante de las particularidades y prebendas de los numerosos cuerpos que se fueron creando y que acabaron por generar un modelo parasitario y escasamente eficiente. La reforma de los años sesenta, de aliento tecnocrático, permitió rejuvenecer y dignificar la función pública del Estado, que dio un salto de calidad en los lustros siguientes. Pero en la práctica confió la Administración a los cuerpos superiores que se apropiaron de sus estructuras, ministerio por ministerio, en su propio beneficio[2]. La Ley de Medidas de 1984 quiso poner fin al predominio de los cuerpos, sometiéndolos a la dirección del poder político de los gobiernos elegidos, desvinculando de aquellos los puestos de trabajo y eliminando el ascenso por antigüedad en el escalafón y las particularidades retributivas y de otros derechos. Pero a su vez propició un extendido problema de clientelismo de partidos y sindicatos en el acceso al empleo público y la carrera, que ha tenido efectos perturbadores, ya que pone en cuestión el principio de mérito, desincentiva al funcionario responsable y descapitaliza los empleos superiores, al tiempo que incrementó la precariedad en amplias áreas del empleo público, estatutario o laboral[3].

2.- Aunque la historia no se repite jamás de la misma manera, algo de ello está pasando también con la última reforma.

El Estatuto Básico de 2007 (EBEP, en adelante) fue fruto de una reflexión y un análisis profundo de la situación preexistente y, muy en particular, de las consecuencias de las reformas precedentes. Esa tarea, como es sabido, se encomendó por el Ministerio de Administraciones Públicas a una Comisión de expertos independiente, que elaboró un informe[4] y formuló un conjunto de propuestas detalladas para

[2] Sobre la historia de nuestra función pública hasta ese momento, sigue siendo ilustrativa la lectura de Alejandro Nieto, *La retribución de los funcionarios públicos en España. Historia ya actualidad,* Madrid, Revista de Occidente, 1967, que explica mucho más de lo que su texto sugiere. Véase también el volumen colectivo *Estudios sobre la función pública española*, Madrid, 1974.

[3] Véase, últimamente, J. A. Fuentetaja Pastor, *Pasado, presente y futuro de la función pública*, Navarra, Civitas, 2013.

[4] *Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público,* Madrid, INAP, abril de 2005.

la reforma de la legislación general y básica sobre el empleo público. Para ello tuvo en cuenta asimismo las reformas recientes aplicadas en otros Estados europeos y las recomendaciones de organismos internacionales, en particular la OCDE.

El informe de la Comisión postulaba reconocer a las Comunidades Autónomas, y en menor medida a las entidades locales, un amplio margen de autonomía para conformar y regular su propio empleo público. Pero al mismo tiempo establecía unas líneas claras de reforma, basadas en los principios de mérito y capacidad, aplicados en todos los niveles y estratos del empleo público, junto con la flexibilización de formas y procedimientos de actuación, para evitar la rigidez burocrática. Algunas de las medidas esenciales propuestas eran la de aproximar al máximo el régimen del empleo público funcionarial o estatutario y del empleo público laboral; configurar un grupo directivo profesional en todas las administraciones públicas; actualizar los procedimientos de selección de personal, sobre la base de estrictas garantías de imparcialidad; introducir las carreras horizontales del personal funcionario y generalizar la evaluación del desempeño de los empleados públicos; flexibilizar el sistema de provisión de puestos y movilidad, asimismo con plenas garantías de objetividad; concretar los términos y efectos de la negociación colectiva en la función pública; fomentar la planificación y la gestión integrada de los recursos humanos de las administraciones públicas; o regular un modelo equilibrado de derechos y obligaciones del personal a su servicio, completando un listado de derechos básicos y un código de conducta.

Sin embargo, la redacción del correspondiente proyecto de ley, que elaboró internamente el Ministerio, previa consulta con partidos políticos y sindicatos, no recogió con fidelidad el impulso reformista que se plasmó en el informe de la Comisión de expertos. Y, tras la negociación parlamentaria del texto, la Ley rebajó las expectativas iniciales. Algunas de las propuestas puntuales no se incluyeron en el texto final y otras de las más importantes quedaron reflejadas de manera parcial, con escasa concreción y, en algunos aspectos clave, como reformas cuya aplicación quedaba diferida a la aprobación de otras leyes y reglamentos en materia de función pública, del Estado y de las Comunidades Autónomas.

Así las cosas, el desarrollo y aplicación del EBEP ha sido -está siendo- un proceso lento, parcial y desigual. Eso por lo que se refiere al plano legislativo o normativo, al que se ciñe este estudio. Otra cosa es deducir hasta qué punto el EBEP y las normas de desarrollo han cambiado los usos y el modo de funcionamiento real del empleo público, que es algo más difícil de determinar.

En efecto, la Comisión de expertos del EBEP había previsto la conveniencia de que fuera en la Administración del Estado donde el nuevo régimen debía concretarse para empezar, mediante una ley de función pública estatal, que pudiera servir

de referencia a los legisladores autonómicos. Inclusive en un elemento nuclear de la reforma, como es el estatuto de los directivos públicos profesionales, el propio texto del EBEP (art. 13.5) previó, en virtud de una enmienda de última hora, que pudiera desarrollarse por decreto, estatal o autonómico, abreviando así trámites y plazos. Sin embargo, aunque en el Ministerio de Administraciones Públicas se iniciaron algunos trabajos con tal fin, pocos meses después el equipo directivo del Ministerio -empezando por el Secretario General de Función Pública, Francisco Velázquez, y siguiendo por el Ministro, Jordi Sevilla - fue cesado, con lo que se agotó el aliento reformista en el Gobierno. Tampoco las circunstancias externas ayudaron, ya que al año siguiente estallaría con toda su crudeza la crisis financiera y económica, que afectó de manera tan grave a nuestro país. La entonces Ministra de Hacienda declaró en prensa que la aplicación del EBEP no era compatible con el estado de las finanzas públicas. Y, en realidad, durante los años sucesivos a la crisis lo que se aprobó fue un conjunto de medidas restrictivas, tanto del número de efectivos, como de derechos retributivos y laborales de los empleados públicos, con el objeto de mantener la estabilidad presupuestaria[5]. Solo una vez que empezó a superarse esa situación de inestabilidad financiera, comenzaron los estudios y propuestas de aplicación del EBEP en diferentes aspectos, que han cristalizado incluso en la aprobación de algunas leyes autonómicas generales, como se dirá.

Lo que sí puede afirmarse, en cualquier caso, es que no hay, ni en el ámbito académico ni en el político, un cuestionamiento de las opciones de reforma adoptadas por el EBEP. Sus soluciones se aceptan hoy como adecuadas de manera muy generalizada y por grupos políticos de muy distinto signo, no obstante algunas críticas puntuales. Tan es así que el llamado Texto Refundido del EBEP aprobado en 2015 no cambió prácticamente nada, ni siquiera la numeración de sus artículos. No se vislumbra un modelo alternativo. Lo que sucede es que tampoco se percibe la necesaria voluntad política de desarrollar y aplicar ese modelo, con todas sus consecuencias.

3.- En los más de tres lustros que han transcurrido desde la aprobación del EBEP, solo ha habido dos modificaciones parciales de la legislación básica del empleo público de cierto alcance, que en realidad han venido a precisar o complementar el modelo del EBEP. Por orden cronológico, se trata del Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, que reguló con carácter básico el régimen de teletrabajo en las Administraciones Públicas, y la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medias urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

[5] Sobre este difícil período de nuestra función pública, J. A. Fuentetaja Pastor y J. Cantero Martínez (dirs.), *Crisis económica y función pública*, Navarra, Aranzadi, 2012; X. Boltaina, J. Cuenca, R. Jiménez Asensio, J. Mauri y A. Palomar, *El empleo público local ante la crisis*, Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2011; S. Rodríguez-Campos (dir.), *El empleo público en tiempo de reformas*, Madrid, Marcial Pons, 2014.

La primera de esas reformas, aunque contaba con algunos precedentes normativos y algunas experiencias-piloto, fue una de las consecuencias de la pandemia del COVID-19, que normalizó la práctica del trabajo a distancia en numerosas unidades administrativas. De algún modo responde también al criterio de flexibilidad que propugnaba el informe sobre para la preparación del EBEP[6].

La segunda fue una reforma obligada, en virtud de la jurisprudencia del TJUE sobre la aplicación en España del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada sancionado por la Directiva 1999/70/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1999, que prohíbe el abuso de las relaciones de empleo temporales o precarias, tanto en el ámbito estrictamente laboral como en el de las relaciones estatutarias o sujetas a derecho público[7]. Aunque esta reforma modifica el artículo 10 del TREBEP, sobre el régimen del personal interino, y otros preceptos concordantes, se enmarca dentro de los objetivos del propio EBEP, pues el abuso de la temporalidad en el empleo público fue una práctica que se quiso combatir cuando se aprobó. Pero los preceptos del EBEP en 2007 no recogieron, como en otros aspectos, todas las medidas que la Comisión de expertos había propuesto para ello y después las garantías que el EBEP introdujo fueron sistemáticamente incumplidas. Me refiero a la obligación de incluir en las ofertas de empleo público todas las plazas vacantes (art. 10.4) y a la de desarrollar imperativamente las previsiones de las ofertas públicas en el plazo máximo de tres años (art. 70.1).

Sin contar ahora otras modificaciones del texto del EBEP de carácter más puntual o coyuntural, esa legislación básica de 2007 se mantiene incólume. Sin embargo, ningún Gobierno ha tenido verdadero interés en desarrollarla para el ámbito de la Administración del Estado. Tan solo al final de la pasada legislatura vio la luz un Proyecto de Ley Función Pública de la Administración del Estado, muy poco innovador por cierto, que caducó con la disolución de las Cortes en la primavera de 2023.

Por lo que se refiere a las Comunidades Autónomas, algunas de ellas han aprobado leyes generales de función pública o de empleo público en sintonía con el EBEP. En la mayor parte de ellas, se mantiene la legislación general anterior a 2007, aunque con modificaciones parciales, más o menos significativas según los casos.

La primera de las leyes generales que desarrolló el EBEP fue la Ley 4/2011, de 10 de marzo, de Empleo Público de Castilla-La Mancha. Hay que reseñar, no obstante, en este capítulo la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de Función Pública de la

[6] Sobre ello, me permito remitirme a mi trabajo, "El régimen jurídico del teletrabajo en las administraciones públicas", *Anuario de Derecho Municipal*, 14, 2020. Con mayor detalle, véase el núm. 4 especial de la *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 2021.

[7] Sobre la cuestión, me permito remitirme también a mi libro *Régimen jurídico de los funcionarios interinos,* Navarra, Aranzadi, 2020. Para un análisis crítico de la Ley 20/2021, J. Cantero Martínez, *Temporalidad y estabilización en el empleo público*, Navarra, Aranzadi, 2022.

Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, que fue coetánea del EBEP y recibió ya la influencia de los trabajos preparatorios de este en algunos aspectos. Volviendo a la Ley castellano-manchega, puede decirse que en realidad hizo un desarrollo mínimo del EBEP, sin aportar demasiadas novedades ni asumir en profundidad su espíritu reformista. Es una Ley técnicamente correcta, que trasladó a la legislación autonómica las novedades de la legislación básica, pero igualmente sin concreción en aspectos clave, remitiéndose para ello a la normativa reglamentaria. Además, se percibe en dicha Ley la persistente influencia de un modelo corporativo más tradicional.

En el año 2015 se aprobaron dos leyes generales más: la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura y la Ley 2/2015, de 29 de abril, de Empleo Público de Galicia. Son dos textos más trabajados, que avanzan en la regulación de detalle de las reformas nucleares del EBEP, tales como el régimen de los directivos públicos, la carrera horizontal y el régimen retributivo vinculado a esta, o la evaluación del desempeño.

Hasta el año 2021 no encontramos otra ley general en la materia, que es la Ley 4/2021, de 16 de abril, de la Función Pública Valenciana. Esta ley fue asimismo preparada mediante el informe de una Comisión independiente ad hoc, que se publicó en octubre de 2016[8]. El largo tiempo transcurrido desde esa iniciativa hasta que la Ley se aprobó definitivamente es buena muestra de las dificultades a las que suele enfrentarse este tipo de reformas. En todo caso, la Ley valenciana da un salto cualitativo importante en el desarrollo del EBEP, mediante una regulación actualizada de elementos clave del sistema de función pública, como la estructura y los instrumentos de gestión del personal al servicio de la Generalitat, la regulación de los puestos de trabajo, la apertura de los procedimientos y modos de selección, el diseño de las carreras, etc., incluyendo un régimen detallado del personal directivo profesional, del que excluye sin embargo a las personas que ostentan un alto cargo mediante nombramiento por el Consell.

En fin, el proceso de reforma legislativa se ha acelerado en el último año, mediante la aprobación de cuatro leyes generales más: la Ley 11/2022, de 1 de diciembre, de Empleo Público Vasco, que procede de un proyecto que no llegó a aprobarse en la legislatura anterior; la Ley 2/2023, de 15 de marzo, de Empleo Público de Asturias; la Ley 9/2023, de 5 de mayo, de Función Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja: y la Ley 6/2023, de 7 de junio, de la Función Pública de Andalucía. Son leyes que recogen ya el acervo de la legislación de otras Comunidades y que van por

[8] *Informe para la modificación de la Ley 10/2010, de 9 de julio, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana,* Generalitat Valenciana, Consejería de Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas, octubre de 2016.

ello consolidando un modelo adaptado al EBEP, dicho sea de las peculiaridades que contienen, mayores o menores según los casos.

Es probable que en los próximos años este movimiento de reforma legislativa llegue a completarse en todas o casi todas las Comunidades Autónomas y tampoco sería de extrañar -y sí de desear- que tuviera también reflejo en una nueva regulación de la función pública de la Administración del Estado. Incluso podría tener su reflejo en la legislación de régimen local, pues la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local 27/2013, de 27 de diciembre, apenas regula aspectos relativos al empleo público local. Se diría, pues, que por fin el EBEP está en vías de un desarrollo legislativo más o menos completo.

De otra parte, la jurisprudencia ha venido haciendo sus propias aportaciones a la interpretación y aplicación del EBEP, que son especialmente relevantes en lo que se refiere al control de la discrecionalidad de la Administración en los procedimientos de selección y de provisión de puestos de trabajo[9].

Pero conviene analizar, aunque sea brevemente y en algunos aspectos esenciales, cómo se ha concretado todo ese desarrollo durante los últimos años, para deducir hasta que punto el impulso de reforma que supuso el EBEP se ha llevado a la práctica.

4.- Un primer objetivo clave de esa ley fue la aproximación del régimen jurídico del personal funcionario y laboral al servicio de las Administraciones públicas, si bien manteniendo esa dualidad de relaciones jurídicas en el empleo público, ante la dificultad que hubiera supuesto reducirla a una sola. Puede decirse que ese objetivo se ha cumplido ampliamente, pues con la única salvedad del carácter inamovible de la condición de funcionario público de carrera, el conjunto de derechos y deberes de los empleados públicos se ha venido armonizando por vía legislativa o convencional. Más aún, la posibilidad de rescindir el contrato de los empleados públicos laborales de carácter fijo por razones objetivas ha sido siempre más teórica que real, pues ni siquiera se llevó a cabo de manera significativa con ocasión de la crisis económica de 2008 y de los ajustes de plantillas y reducciones de derechos que se introdujeron entonces para garantizar la sostenibilidad de las finanzas públicas. Y con ocasión de la reforma laboral de 2021 (Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre), la previsión legal de despido por causas económicas u organizativas en las administraciones públicas, antes contemplada en la disposición adicional 16ª del Estatuto de los Trabajadores, ha desaparecido por completo. La verdadera dualidad sustantiva del régimen del empleo público que se ha mantenido con posterioridad al EBEP es la que existe ente empleados de carácter fijo y de carácter temporal. Pero incluso ente unos y otros

[9] Sobre la evolución jurisprudencial al efecto, R, de Vicente Domingo, *La revisión jurisdiccional de las pruebas selectivas para el acceso al empleo público*, Valencia, Tirant Lo Blanc, 2022.

se ha acortado la diferencia, dado que en virtud de la Directiva 1999/70/CE antes mencionada y de la jurisprudencia europea e interna que la aplica, una gran parte de los derechos de los funcionarios de carrera, incluido el derecho a la carrera profesional y el derecho a gozar de determinadas situaciones de excedencia voluntaria se aplica hoy a los funcionarios interinos y en cierto modo al personal laboral temporal.

Dicho esto, sí se ha producido una disminución porcentual del número de empleados públicos con contrato laboral y un incremento correlativo de aquellos tienen un vínculo estatutario. Como es sabido, el art. 9.2 del EBEP estableció una reserva de puestos o funciones en favor del personal funcionario para el ejercicio de todas aquellas tareas que impliquen "la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de las administraciones públicas". Esta fórmula, tomada de la jurisprudencia europea sobre la reserva de funciones a empleados públicos nacionales pero muy indeterminada, fue objeto desde el principio de diversas interpretaciones, que después han venido concretando las leyes autonómicas de desarrollo del EBEP, en términos sustancialmente coincidentes[10].

Sin perjuicio de ello, corresponde también a esas leyes definir los tipos de funciones y puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral, ya que el régimen estatutario o funcionarial es el general o preferente en nuestro sistema de empleo público, según la interpretación del artículo 103.3 CE que sostuvo la STC 99/1987, de 11 de junio y que se ha mantenido inalterada. Como es sabido, en virtud de esa jurisprudencia, el artículo 15 de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, modificado en 1988, estableció un listado de puestos de trabajo que podían ser desempeñados por personal laboral, según lo que dispusieran en cada caso las relaciones de puestos de trabajo. Pero la regulación de la Ley de Medidas tiene carácter supletorio de lo que dispongan las leyes autonómicas de función públicas. Pues bien, las leyes autonómicas posteriores al EBEP, que ya hemos enunciado, han establecido sus propios listados, más reducidos que el del artículo 15 de la Ley de Medidas[11].

Esa tendencia legislativa, unida a la presión sindical y de los empleados públicos laborales en pro de la "funcionarización" de sus relaciones de empleo mediante los procedimientos o turnos restringidos previstos por la legislación vigente (disp. transitoria 2ª del EBEP), ha tenido como resultado reducir a poco más del 22 por 100 de los empleados públicos aquellos que mantienen un vínculo laboral[12], que hace

[10] Véase, por ejemplo, el art. 15.2 de la Ley 5/2923, de Función Pública de Andalucía.

[11] Véase, por ejemplo, el art. 15.4 de la misma Ley de Andalucía.

[12] Fuente: Boletín Estadístico del Personal al servicio de las Administraciones Públicas (Ministerio de Hacienda y Función Pública). El personal laboral según el último recuento (julio de 2022) supone, en números redondos, 609.000 efectivos sobre un total de 2.731.000.

años constituían casi el 30 por ciento del empleo público en nuestro país. Hoy en día el porcentaje de empleados públicos con contrato laboral apenas es mayoritario en la Administración Local y es, en cambio, muy reducido en la Administración del Estado y la de las Comunidades Autónomas. Ello sin contar con lo que sucede en algunos organismos y entes públicos de régimen especial, entre ellos, las universidades públicas, en los que el régimen de empleo público laboral alcanza una mayor cuota, por razones diversas.

En cualquier caso, la dualidad de legislaciones aplicables sigue siendo la causa de agravios comparativos y de algunos problemas prácticos de gestión de personal. Y no siempre es fácil cohonestar los principios propios del derecho público en la materia -mérito y capacidad, vinculación positiva a la ley, etc.- con los del derecho laboral, en aspectos tales como el alcance y límites de la negociación colectiva o el supuesto de "sucesión de empresa" y otros.

Quizá por ello y a la vista de la experiencia de los últimos años, cabría plantearse en este punto una reforma del EBEP que unificara el régimen jurídico de los empleados públicos, lógicamente sobre la base del vínculo estatutario y sin perjuicio de reconocer algunas especialidades, como las que hoy tiene el personal de los Servicios de Salud o los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad. Como es natural, esa unificación no debería incluir a los empleados del sector público empresarial y fundacional, que no son en puridad empleados públicos, y podría mantener ciertas excepciones, como las propias del profesorado universitario o las del personal de algunas de las autoridades administrativas independientes. Lo que cada vez tiene menos sentido es la contratación laboral en los servicios generales de las administraciones públicas, incluidas las locales, dado que muchas necesidades a las que ahora atiende el personal laboral pueden cubrirse con funcionarios interinos. Aunque sería conveniente al mismo tiempo flexibilizar más el contenido del régimen estatutario para eliminar algunas rigideces generadoras de ineficiencia, sobre todo en materia de selección y de movilidad del personal.

5.- Podría decirse que el mayor fracaso de los objetivos del EBEP es el que se refiere al régimen del personal directivo profesional de las administraciones públicas. La propuesta de la Comisión de preparación del EBEP de crear un estatuto peculiar para este grupo de personal, basado en la selección por méritos y no por razones de confianza política, una cierta estabilidad y la evaluación por objetivos, fue recogida de manera tímida y poco concreta en el artículo 13 de la Ley, que reenvió la concreción y aplicación de este precepto a las leyes de desarrollo estatales y autonómicas.

En el ámbito de la Administración del Estado, solo en 2015 el Gobierno del PP aprobó una ley de ejercicio de los altos cargos de la Administración del Estado (Ley 3/2015, de 30 de marzo), en la que se requiere que los nombramientos recaigan

en personas "idóneas", que son las que reúnen "honorabilidad y la debida formación y experiencia en la materia", si bien dichas cualidades pueden ser apreciadas "libremente" por la autoridad u órgano político que acuerda el nombramiento, lo que en la práctica supone introducir el criterio de la confianza. Esta legislación se aplica a los cargos directivos de la Administración General del Estado que, desde la Ley de Organización y Funcionamiento de 1997, son los subsecretarios, secretarios generales y secretarios generales técnicos, directores y subdirectores generales, subdelegados del gobierno en la provincias y personal directivo de los organismos autónomos. Al menos la mayoría de estos cargos deben cubrirse con funcionarios públicos, en virtud de lo que hoy dispone la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (Ley 40/2015, de 1 de octubre, arts. 63 a 67 y 74), aunque sean libremente designados por órganos o autoridades políticas. Pero la regla puede ser exceptuada motivadamente en el caso de los directores generales y así ha sucedido en numerosos casos, con ninguna o una justificación meramente aparente, pese a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que exige una motivación suficiente para ello[13].

En las Comunidades Autónomas que han dictado normas de desarrollo del EBEP, que no son mayoría, como se ha visto, el régimen de los directivos públicos profesionales se regula en general con similar grado de timidez. Aunque algunas leyes autonómicas recientes dedican títulos o capítulos anteros a la materia, en la mayoría de los casos esa regulación se aplica a los cargos directivos de segundo nivel, es decir, a subdirectores generales o equivalentes, pero ni siquiera a los directores generales y otros altos cargos, que siguen nombrándose en función de las preferencias de los partidos gobernantes y muy frecuentemente entre sus militantes, a menudo sin ninguna experiencia de gestión. No siempre se precisan los criterios y procedimientos de designación y, sin excepción, se admite el cese discrecional de dichos cargos por la mera pérdida de confianza.

Desde este punto de vista, la Ley de Función Pública de Andalucía de 2023 (arts. 19 a 27) da algunos pasos adelante, ya que reserva a los directivos profesionales algunos puestos de director general y equivalentes y permite extender su régimen a las delegaciones provinciales y territoriales de la Junta de Andalucía, y en cuanto que prevé la intervención de una comisión independiente en el proceso de selección, entre otras precisiones. Pero el cese del personal directivo se considera aun una medida discrecional, por más que deba motivarse (art. 24.3). No obstante, dicha Ley parece remitir la concreción y aplicación efectiva de esta regulación a otra ley específica sobre el estatuto del personal directivo.

[13] SSTS de 3 y 28 de septiembre de 2009, 19 de febrero y 22 de octubre de 2013 y 5 de mayo de 2022, entre otras.

La ausencia de un estrato directivo profesional público en nuestras administraciones públicas constituye una excepción en el ámbito de los Estados europeos, inclusive los de mayor proximidad geográfica e histórica, como Francia, Italia y Portugal. En todos ellos -en el último como condición impuesta por la Unión Europea para recibir los fondos del rescate financiero, a principios de la pasada década- los altos cargos de nivel de dirección general o similares son desempeñados, con escasas excepciones, por profesionales designados en virtud de su cualificación y experiencia profesional, ya sea en virtud de una tradición unánimemente respetada, como sucede en el caso de la *haute fonction publique* francesa, o previo acceso a una carrera pública directiva, que es el sistema de la *dirigenza* italiana, o en virtud de nombramiento por una comisión u órgano de selección independiente, como sucede en Portugal (Comisión de reclutamiento y selección para la Administración Pública: CReSAP) o en el caso del *Appointments Commissioner* británico.

En comparación con la situación de estos otros países, el desarrollo del EBEP resulta francamente escaso y decepcionante. Se aspiraba por la Comisión de preparación del EBEP a conseguir también en nuestras administraciones una élite directiva profesional, que diera estabilidad a la gestión de los servicios, por encima de los cambios de Gobierno, y que aplicara criterios objetivos de gestión, incluida la gestión de personal. Pero esa propuesta ha topado con el absoluto y excluyente protagonismo que los partidos políticos han asumido en nuestro sistema institucional. Subsiste, pues, un modelo de alta función pública muy politizado, de donde deriva una cierta descapitalización profesional de la cúpula del sistema administrativo, más o menos profunda en cada administración. Esta realidad tiene consecuencias muy perjudiciales para la organización y gestión de la función pública en su conjunto.

6.- Otro aspecto importante para analizar lo que ha sucedido con el desarrollo y aplicación del EBEP es el de la selección de personal.

La Comisión que preparó el EBEP formuló al efecto una serie de propuestas fundadas en los principios de mérito y capacidad, cuya aplicación estricta reclamaba, y en la actualización de los procedimientos y sistemas selectivos, para alcanzar un nivel de eficiencia imprescindible y atraer talento al empleo público. Apostaba por mantener como regla general un sistema de selección basado en pruebas de conocimiento, de naturaleza esencialmente práctica, si bien flexible o adaptado a cada circunstancia; pruebas que podrían o deberían complementarse con la valoración de memorias, pruebas psicométricas y análisis médicos, realización de entrevistas u otras, así como con cursos selectivos o períodos de prácticas. En su informe, dicha Comisión advertía contra el riesgo de distorsión del modelo derivado de la proliferación de procedimientos de selección fundados en meras valoraciones de méritos, normalmente sobre baremos elaborados con gran discrecionalidad, y sobre todo de

procedimientos de concurso-oposición, en los que la fase de concurso de méritos, con frecuencia definidos "a la carta", pudiera ser determinante del resultado final. La Ley que aprobó el EBEP, aunque con una formulación tradicional, que remitía a los procedimientos clásicos de oposición, concurso y concurso-oposición, acogió buena parte de esas propuestas (art 61).

Sin embargo, los procedimientos de concurso-oposición se han multiplicado sin parar, sobre todo para privilegiar el acceso a la carrera de funcionarios interinos y personal laboral, sin que la legislación de desarrollo haya puesto coto a esta deriva. Solo alguna reciente Ley autonómica, la Ley valenciana 4/2021, pretende hacerlo, reservando el 50 por 100 de las plazas de la oferta de empleo de cada año a acceso por oposición (art. 65.2), aunque la aplicación de esta concreta medida está por ver. Mientras tanto, la utilización generalizada de dicho sistema de selección e inclusive del de concurso de méritos, que tiene carácter excepcional, se ha consagrado en la Ley 20/2021, de medidas urgentes contra la temporalidad en el empleo público. Bien es cierto que se trata con ella de poner remedio, supuestamente definitivo, a las numerosas situaciones abusivas de interinidad existente en este ámbito. Pero no es seguro que vaya a constituir una especie de punto final y que aquellas situaciones no vayan a reproducirse.

Por otra parte, las leyes autonómicas de desarrollo del EBEP han recogido, con mas o menos detalle y peculiaridades, las previsiones de aquel sobre los tipos de pruebas a realizar en los procedimientos de oposición y los mecanismos de selección complementarios, como los cursos selectivos y períodos de prácticas[14]. Sin embargo, en el diseño y organización de los procedimientos de oposición para el acceso a la función pública ha predominado la inercia y la tradición. En consecuencia, en la mayoría de los casos sigue primando la valoración de conocimientos puramente memorísticos. Hoy en día, bien es verdad, las pruebas de las oposiciones suelen también incluir test, ejercicios prácticos y otros de dominio de idiomas, de habilidades informáticas u otras. Pero prevalece todavía la valoración de las pruebas de exposición oral en tiempo tasado de uno o varios temas de un temario, por lo común extenso y que en ocasiones no guarda siquiera relación directa con las funciones a ejercer por los seleccionados. Puede decirse que este modelo no se sigue ya en ningún otro país, ni siquiera en aquellos casos que prevén pruebas múltiples y exigentes.

Este modelo tradicional de oposiciones exige largos períodos de preparación cuando se trata del acceso a los cuerpos superiores y, por tanto, una dedicación al estudio no remunerada durante varios años de la vida de los candidatos, sin garantías de éxito. De otra parte, la exigencia de memorización de los conocimientos es

[14] Véase, por ejemplo, el art. 112 de la Ley de Función Pública de Andalucía, sin duda más preciso y completo al respecto que otras leyes autonómicas.

incongruente con el régimen de evaluación de los aprendizajes que se sigue en las universidades y otros centros de enseñanza. En fin, la tramitación misma de las oposiciones suele llevar demasiado tiempo. Todo ello contribuye a que se considere una vía profesional no demasiado atractiva para muchos jóvenes graduados con talento, que prefieren en su mayoría buscar otras oportunidades en el sector privado.

Muy poco se ha hecho, sin embargo, para reformar el sistema y dotarlo de mayor agilidad y eficiencia. Tan solo algunos informes oficiales y algunas experiencias aisladas pueden citarse al efecto[15]. No estamos aquí ante un problema legal, pues la normativa en vigor permite e incluso anima a la innovación, tal como se deduce, por cierto, de la Ley de Función Pública de Andalucía, entre otras. El problema reside en la escasez de iniciativas de reforma y en la resistencia burocrática al cambio.

Las leyes autonómicas han recogido, eso sí, la garantía de imparcialidad de los órganos de selección prevista en el art. 60 del EBEP, que prohíbe formar parte de dichos órganos al personal de elección de designación política y al personal interino y eventual. Es más, algunas leyes han acabado precisando lo que el EBEP no se atrevió a decir, pese a la clara propuesta de la Comisión que lo preparó, sobre la exclusión de participación en dichos órganos de personas que actúen en representación de los sindicatos. Es el caso de la Ley de Función Pública de Andalucía, cuya redacción es muy precisa sobre este punto (art. 110.3). Otras leyes de desarrollo, en cambio, han preferido reiterar la ambigua expresión del EBEP, según la cual la pertenencia a los órganos de selección no puede ostentarse "en representación o por cuenta de nadie"; fórmula esta que no ha impedido en muchos casos la presencia de personas designadas por los sindicatos del empleo público, con el riesgo de clientelismo que eso supone.

7.- Otro de los objetivos del EBEP, según el informe de la Comisión que lo preparó y su originaria exposición de motivos, reside en motivar y retener a los empleados públicos, garantizando así la eficacia y eficiencia del servicio público. Para lo cual es esencial conseguir un diseño adecuado de carrera profesional dentro de la Administración.

Como es sabido, el sistema de carrera previsto en el EBEP tiene dos modalidades, que no son en realidad alternativas sino complementarias. Por una parte,

[15] Véase, por ejemplo, el informe titulado *Orientaciones para el cambio de modelo de selección en la Administración General del Estado* (INAP, 2021), que no parece haber tenido muchas consecuencias. Más suerte han corrido las propuestas innovadoras del *Informe del Grupo de Trabajo de estudio y propuesta de medidas para la innovación en los procesos de selección de personal al servicio de la Administración de la Generalitat Valenciana* (Consejería de Justicia, Interior y Administración Pública, noviembre de 2021), que se han puesto en práctica ya en procedimientos selectivos del Grupo A1. Sobre la cuestión, me remito a mi reciente trabajo "Hacia una reforma del sistema de acceso al empleo público. Comentario a dos informes oficiales recientes"**,** *Revista Catalana de Dret Public*, 65, 2022.

se concreta en la ocupación sucesiva de puestos de mayor nivel y responsabilidad, lo que conlleva un incremento de las retribuciones. A tal efecto, el EBEP mantuvo los procedimientos ya habituales de concurso de méritos entre los candidatos a las vacantes y de libre designación para desempeñar puestos de confianza o de especial responsabilidad. Pero la realidad ha desvirtuado tales previsiones legales, pues los concursos de acceso a puestos o concursos de traslado no se convocan con regularidad en muchas administraciones públicas. Por el contrario, se han extendido las convocatorias de libre designación para la provisión de múltiples puestos de trabajo ordinarios, sobre todo en los niveles superiores, convocatorias en las que la discrecionalidad del nombramiento es máxima, pese a que la jurisprudencia ha intentado recientemente limitarla[16]. Asimismo, son muy frecuentes las comisiones de servicio y las adscripciones provisionales, que en teoría son procedimientos excepcionales, pero que se convierten fórmulas alternativas al concurso de méritos. La legislación de desarrollo tampoco contiene excesivas novedades en la materia, más allá de acotar algo más el ámbito de los puestos a cubrir por libre designación, y de la exigencia de motivación para los nombramientos acordados por este sistema y los ceses discrecionales correspondientes, yal como exige la jurisprudencia reciente.

El EBEP introdujo también la modalidad de carrera denominada "horizontal", en virtud de la cual los funcionarios pueden ascender periódicamente de categoría, escalón o grado, con el consiguiente complemento retributivo, cada cierto intervalo de tiempo de servicios, en función de sus méritos y servicios prestados. El Estatuto vinculó el establecimiento de este tipo de carrera a la introducción de procedimientos de evaluación del desempeño, de manera que el salto de categoría quedara condicionado a una evaluación positiva del trabajo desempeñado en los años anteriores. Con ello se pretendía introducir un instrumento de estímulo y de verificación de la actividad de cada funcionario, que ya existe en las administraciones de otros muchos países desarrollados, aparte de en el sector privado.

En la práctica, la regulación de la carrera horizontal y de la evaluación del desempeño se ha aprobado en múltiples administraciones autonómicas y locales, organismos públicos y áreas de la propia Administración del Estado, aunque sigue sin generalizarse en esta última y en el conjunto de las administraciones. Lo que ocurre es que en muchos casos se trata en realidad de procesos muy formalizados, conforme a los cuales lo que verdaderamente y casi únicamente cuenta para ascender de categoría son los años de antigüedad en el servicio, siguiendo un criterio demandado por los empleados públicos y sus organizaciones sindicales, con las que es obligado

[16] Como también limita la discrecionalidad en el cese de los puestos de libre designación, que requiere una motivación suficiente, sin que baste la mera pérdida de confianza. Véase al respecto y entre otras la importante STS de 29 de marzo de 2023. La Ley de Función Pública de Andalucía (art. 128.8) recoge esta exigencia de motivación, sin mayores precisiones.

negociar al respecto. Hay excepciones a esta regla, pero no muy frecuentes. Por otra parte, no todas las normas aprobadas prevén un retroceso en la carrera en caso de evaluación negativa, inclusive si es reiterada, o bien, lo admiten con extrema prudencia, como es el caso de la Ley de Función Pública de Andalucía (art. 61.2).

La carrera horizontal supone, ciertamente, un estímulo para la permanencia en el empleo público de buenos profesionales. Pero no se ha conseguido en la práctica vincular de manera efectiva la progresión en la carrera de los funcionarios a su compromiso con el servicio, a su iniciativa, su rendimiento o al cumplimiento de determinados objetivos. Sucede en este aspecto lo mismo que ya produjo con la regulación del complemento retributivo llamado de productividad, que nuestra legislación previó antes de la aprobación del EBEP, en la Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública de 1984. Salvo contadas excepciones, la distribución de ese complemento no se liga realmente a los resultados de la actividad de cada funcionario o equipo o a su desempeño efectivo. La mayoría de los gestores suelen distribuirlo a prorrata ente los funcionarios de su departamento o unidad, para evitar conflictos y agravios comparativos, de manera que se ha convertido de facto en un complemento objetivo más. Al menos la citada Ley andaluza de Función Pública exige para abonar este complemento que los interesados hayan sido evaluados positivamente (art. 61.1), lo que resulta elogiable, aunque precisa de concreción.

Conforme a la regulación básica del EBEP, las leyes autonómicas de función pública que lo desarrollan prevén también la posibilidad de que los funcionarios de los cuerpos inferiores puedan acceder a los cuerpos superiores, siempre que tengan la titulación necesaria y cuenten ya con dos años de servicios al menos, mediante procedimientos específicos de promoción interna, que pueden convocarse incluso en turno restringido o cerrado, es decir, en exclusiva para ellos. También este es un instrumento idóneo para fomentar la carrera de los funcionarios y su permanencia en el servicio público. Ahora bien, en virtud de las demandas internas del personal y de la negociación con los sindicatos, en no pocas administraciones se ha acordado reservar para promoción interna un porcentaje más o menos elevado de las vacantes que integran la oferta de empleo público de cada año e inclusive se han llevado tales acuerdos al texto de las leyes de función pública de algunas Comunidades Autónomas. Se trata de porcentajes mínimos del 25 por 100 (como establece la Ley andaluza), del 30 por 100 o en algún caso extremo, el de la Comunidad Valenciana, del 40 por 100 de las plazas que se ofertan. Se limitan así, en beneficio de quienes ya forman parte del empleo público, las oportunidades de acceso libre de jóvenes candidatos. Tales normas introducen un factor de rigidez en la oferta, que limita aún más el atractivo para el acceso externo y, de otra parte, contribuye al proceso de envejecimiento acelerado de nuestra función pública, que es uno de sus rasgos más característicos hoy en día.

8.- Unas últimas pinceladas para completar este balance general sobre la aplicación de la reforma que supuso el EBEP.

Salvado el período de los recortes de derechos, retributivos y otros, que tuvo lugar entre 2010 y 2015 con la finalidad de salvaguardar la estabilidad presupuestaria, recortes que afectaron también al número de efectivos, la legislación posterior al EBEP ha venido ampliando paulatinamente los derechos laborales de los empleados públicos, sobre todo en materia de jornada, vacaciones y permisos. Así se ha hecho mediante modificaciones puntuales de la propia legislación básica y, en la medida permitida por ella, mediante normas autonómicas y acuerdos y convenios colectivos. Las leyes autonómicas recientes han introducido también nuevas modalidades de situaciones de excedencia y similares, algunas de carácter voluntario y beneficiosas para los empleados que las solicitan[17].

No está tan claro, por el contrario, que se hayan producido avances similares en el plano de la gestión de personal. Desde este punto de vista es difícil hacer una valoración general, pues sin duda los resultados son dispares.

La legislación de desarrollo del EBEP sí se ha preocupado por desarrollar y precisar los instrumentos de gestión. Así, pueden encontrarse en ellas previsiones acertadas en materia de planificación de los recursos humanos, distinguiendo entre varios tipos de planes y concretando su contenido y efectos[18]. También se ha avanzado en la gestión integrada del personal, con el apoyo de los procesos de digitalización o informatización administrativa. Se observa asimismo en esa legislación un mayor interés por la formación del personal, concebida como un derecho y una obligación de los empleados públicos, conforme al significado que tiene en el EBEP[19]. Pero con toda probabilidad, la aplicación de todas esas previsiones legales es desigual.

Algo similar puede decirse de la articulación de la función pública en cuerpos y escalas, que se ha mantenido en todos los casos, aunque ciertas leyes autonómicas han tendido a la reducción y refundición de cuerpos. También se observa en alguna legislación autonómica[20] mayor preocupación por el análisis, la definición y la configuración de los puestos de trabajo, al tiempo que se han introducido las áreas

[17] Es el caso de las excedencias voluntarias con reserva del puesto de trabajo, por tiempo limitado, que regula por ejemplo la Ley de Función Pública de Extremadura de 2015 (art. 143) y que recoge también la Ley %/2023, de Función Pública de Andalucía (art. 156); la excedencia voluntaria incentivada, contemplada igualmente en la Ley andaluza (art. 157); o la excedencia voluntaria por nombramiento provisional o como interino en plaza correspondiente a un cuerpo de grupo o subgrupo superior al del interesado (art. 140 de la Ley de Función Pública Valenciana).

[18] Véase, en el caso de Andalucía, los arts. 89 y 90 de la Ley 5/2023, más reducidos y escuetos que los que otras leyes autonómicas dedican a la planificación del personal.

[19] Arts. 45 a 49 de la Ley de Función Pública de Andalucía, por ejemplo.

[20] Sobre todo en la Ley 11/2022, de 1 de diciembre, de Empleo Público Vasco (art. 55 y siguientes) y en la Ley 4/2021, de la Función Pública Valenciana (arts. 37 y siguientes).

funcionales para la ordenación de la carrera y la movilidad interna, superando el criterio general de adscripción indistinta. No obstante, algunas leyes vinculan aún de manera excesivamente rígida los tipos de puestos y funciones a cada uno de los cuerpos y escalas.

La mayoría de las leyes de desarrollo del EBEP no introducen, en cambio, novedades significativas en materia de movilidad por necesidades del servicio, más allá de algunas referencias genéricas. Pero la Ley 5/2023, de Función Pública de Andalucía sí contiene algunas normas que pretenden flexibilizar el régimen de movilidad, tanto voluntaria como forzosa (art. 129 y siguientes). En lo relativo a los supuestos y modalidades de movilidad interadministrativa, la legislación de desarrollo poco añade a lo establecido por el EBEP. Hay incluso alguna ley autonómica que la limita expresamente a un reducido porcentaje de la provisión de vacantes[21], sin duda debido a presiones corporativas.

En unas y otras leyes se encuentran asimismo precisiones o normas complementarias del EBEP sobre otras cuestiones, como el régimen disciplinario o la negociación colectiva, de menor entidad, que tienen más bien carácter técnico.

El balance, pues, presenta claroscuros. Como ha sucedido a lo largo de la historia, la reforma del EBEP es también una reforma inacabada y su futuro depende de la voluntad de los gobiernos y de las capacidades de gestión en cada administración pública.

Ya en prensa este trabajo, el Gobierno ha aprobado una nueva regulación legal para la función pública de la Administración del Estado, por Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre (Libro Segundo). Pero se trata de una reforma muy parcial y limitada, que parece tener como objetivo o finalidad directa el cumplimiento de uno de los compromisos asumidos ante la Unión Europea para seguir recibiendo los fondos Next Generation. Dicha reforma legal no aporta novedades de relieve y resulta decepcionante su tratamiento del régimen de los directivos públicos, cuya aplicación se limita a los puestos de subdirección general y asimilados.

[21] Véase la Ley 2/2015, de 29 de abril, de Empleo Público de Galicia, que limita al 7 por 100 el número máximo de efectivos de las administraciones públicas de esa Comunidad Autónoma que pueden cubrirse con personal procedentes de otras administraciones, salvo convenio de cooperación basado en la reciprocidad.

La delimitación de funciones entre las distintas clases de personal

Eduardo Gamero Casado

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla.

Consejero de Montero Aramburu Abogados.

Correo-e: gamero@upo.es

SUMARIO: I.- ENCUADRE. 1.- La problemática delimitación de funciones entre clases de personal. 2.- Evolución y polisemia del concepto de potestad administrativa o pública. II.- FUNCIONES RESERVADAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL ART.9.2 TREBEP. 1.- Interpretación restrictiva (auténtica y doctrinal), de los puestos reservados a funcionarios. 2.- La jurisprudencia del TJUE. 3.- La jurisprudencia del Tribunal Supremo. 4.- Breve mención a la legislación autonómica comparada. 5.- El Proyecto de Ley de Función Pública de la Administración del Estado de 16 marzo de 2023. III.- FUNCIONES QUE PUEDEN DESEMPEÑAR LOS EMPLEADOS LABORALES. IV.- EL ART.15 LFPA: UN PRECEPTO CON TRES CAPAS; 1.- Teleología y estructura del precepto. 2.- Las funciones reservadas a funcionarios públicos. 3.- Funciones que pueden realizar los empleados laborales. V.- ATRIBUCIÓN DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS A ENTIDADES CON PERSONALIDAD DE DERECHO PRIVADO: LA MODIFICACIÓN DEL ART.75.2 LAJA. BIBLIOGRAFÍA CITADA

RESUMEN: La delimitación de funciones entre las diferentes clases de personal viene provocando conflictos de gran envergadura en la ordenación del empleo público. La línea divisoria entre funciones reservadas a funcionarios públicos y empleados laborales no es clara en el art. 9.2 TREBEP. La confusión reinante obedece en gran parte a la polisemia del concepto de potestad administrativa, que se delimita por el Tribunal Supremo con una amplitud mayor de la que se atribuyó a este precepto cuando se aprobó en 2007. La Ley 5/2023, de Función Pública de Andalucía, hace un esfuerzo por delimitar claramente las funciones de cada clase de personal, en una apuesta valiosa, alineada con el Derecho estatal y acorde con el concepto de potestad administrativa en el alcance que actualmente se infiere del Ordenamiento jurídico.

PALABRAS CLAVE: clases de personal; potestad administrativa; funcionarios públicos: reserva de funciones

ABSTRACT: The demarcation of functions between the different categories of public employees has been causing major conflicts in the management of public employment. The dividing line between functions which are reserved for civil servants, and those available for labour employees, is not clear in art. 9.2 TREBEP. The prevailing confusion is largely due to the polysemy of the concept of public power (potestad administrativa), which is defined by the Supreme Court with a wider scope than was attributed to this precept when it was enacted in 2007. Law 5/2023, on the Andalusian Civil Service, makes an attempt to clearly delimit the functions of each class of personnel, in a valuable move, in line with State law and in accordance with the concept of administrative authority in the scope currently inferred from the legal system.

KEY WORDS: classes of public employees; public power; civil servants: reserve of functions.

I. ENCUADRE

1. La problemática delimitación de funciones entre clases de personal

La línea divisoria entre funciones reservadas a funcionarios públicos y funciones que pueden desempeñarse por personal laboral es muy difusa y, sobre todo, controvertida. Está dando lugar a una jurisprudencia desconcertante y aparentemente contradictoria, difícil de encajar en los preceptos legales que regulan la materia, especialmente tras la promulgación de las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) y 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). La inseguridad jurídica acecha a los gestores públicos, incapaces de determinar hasta dónde llega el perímetro de las funciones reservadas a los funcionarios y dónde comienza el ámbito de las tareas que pueden desempeñarse por empleados laborales.

El problema es grave, porque afecta a las personas: no es indiferente dotar u ocupar una plaza de funcionario o de trabajador laboral. Pero también es grave porque afecta a la organización y a la validez de sus actuaciones: si una función se encuentra reservada a funcionarios y la desempeña un empleado laboral puede desembocar en la anulación de los actos que se hayan dictado en su ejercicio. Ya es desasosegante no poder predecir qué naturaleza han de tener los puestos de trabajo, generando incertidumbre a la hora de confeccionar las plantillas; pero la ansiedad

se acrecienta cuando correlativamente el error en la atribución de la función puede acabar dando al traste con la actuación administrativa y, consiguientemente, en la frustración del interés general comprometido en su ejercicio.

El precepto central en toda esta problemática es el art. 9.2 TREBEP, que conserva la redacción inicial de 2007. Como es sabido, bajo la rúbrica "Funcionarios de carrera", dispone lo siguiente: "En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponde exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca".

Como veremos con detalle más adelante, el precepto utiliza dos conceptos diferentes para delimitar las funciones que se reservan a los funcionarios de carrera: *i)* El ejercicio de las potestades públicas; y *ii)* La salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones públicas. De ambos criterios, el que viene generando la problemática principal es el relativo al ejercicio de potestades públicas, por tratarse de un concepto que no dispone de una definición legal ni de acepción unívoca en nuestro Derecho, siendo utilizado por diversos preceptos normativos con diferentes cargas semánticas, y siendo así que la jurisprudencia también parece manejar nociones diferentes cuando alude a esta expresión. Se trata, en efecto, de un concepto que no aparece expresamente definido en ninguna disposición normativa, forzando al intérprete a inferirlo del conjunto de piezas que le ofrece el Ordenamiento jurídico[1]. Recientemente hemos desplegado un considerable esfuerzo, en una obra colectiva, para intentar ofrecer un concepto coherente de *potestad administrativa*, integrando una gran variedad de materiales (preceptos legales, jurisprudencia, doctrina), desde diferentes ángulos y perspectivas: análisis de ámbitos sectoriales; inducción de una teoría general; entrecruzamiento de sujetos −Administraciones territoriales, entidades instrumentales− y funciones −según supongan o no ejercicio de autoridad−; etc. Aquí resulta imposible trasvasar todo ese despliegue argumental, centrándonos en resumir su esencia y remitiendo a esta obra colectiva para ampliar tanto la argumentación como sus fuentes[2].

[1] *Vid.* FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *Sistema de Derecho Administrativo*, vol.1, Civitas-Tomson-Reuters, Cizur Menor, 2018, pp.86 ss., quien insiste especialmente en la confusión que plantea el empleo del término potestad administrativa por las dos razones ya expuestas, con profusión de ejemplos. En similar sentido, MARTÍN REBOLLO, L.: "La nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común", *REDA*, nº 174, 2015, p.17; y SÁNCHEZ MORÓN, M.: "Una reforma precipitada, o la desarticulación gratuita del régimen jurídico de las Administraciones públicas", *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, nº 36, 2015, p. 23; entre otros.

[2] Véase GAMERO CASADO, E. (Dir.): *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, *passim*. No obstante, en lugares puntuales de este trabajo remitiremos a concretos capítulos de la obra.

La premisa del análisis es, por tanto, arrojar algo de luz en todo este escenario, intentando delimitar el concepto de potestad pública, o potestad administrativa, tomando en consideración el conjunto de elementos de que dispone la ciencia jurídica –la legislación, la jurisprudencia, los principios generales del Derecho–, y la capacidad de inducir de ese compendio de materiales un concepto coherente y encajable en las coordenadas contemporáneas del Ordenamiento jurídico. A esa labor dedicamos el apartado siguiente.

Tras esa base conceptual analizaremos el art. 9.2 TREBEP, para exponer lo que quiso decir cuando se aprobó, y las interpretaciones de que está siendo objeto por la doctrina científica y por la jurisprudencia: en particular, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo viene dictando unas sentencias muy relevantes –varias de ellas en asuntos que implicaron a la Administración de la Junta de Andalucía– que es preciso conocer con detalle.

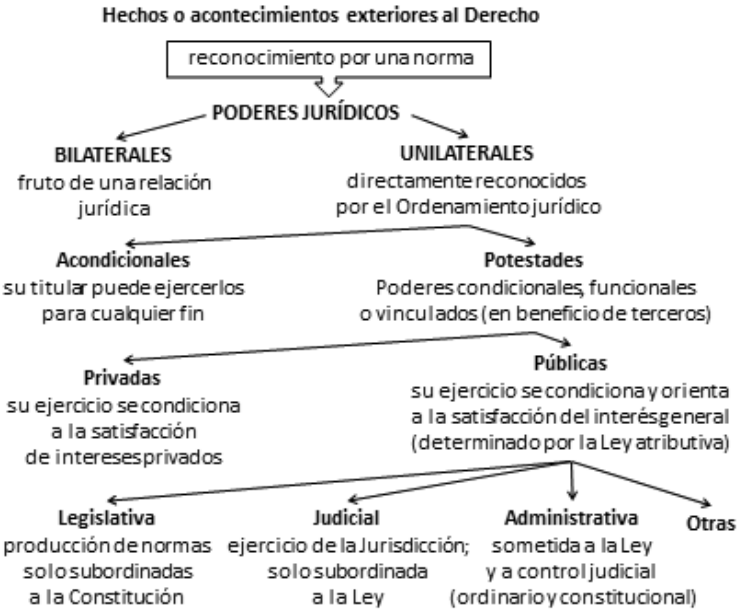
Como hemos comprobado, el TREBEP remite a lo que se establezca en la ley que lo desarrolle para cada Administración pública. La LFPA recoge el guante y no se circunscribe al mimetismo del precepto básico –lo cual sería muy cómodo desde el punto de vista del procedimiento legislativo, pero no solucionaría el problema de fondo que subyace en la cuestión–, sino que, ciertamente, desarrolla y aborda esta cuestión en su artículo 15, rubricado "Funciones del personal funcionario y laboral en la Administración de la Junta de Andalucía". Es una disposición de cierta extensión, y con una sistemática interna organizada en capas sucesivas. Lo analizaremos con detenimiento una vez encuadrada la cuestión del concepto de potestad y de su concreción en el TREBEP.

Pero, para adquirir una idea completa y cabal, tanto del problema como de las determinaciones por las que opta la LFPA, es igualmente preciso analizar otra importante novedad: la modificación del art. 75.2 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, operada mediante la disposición final 2ª LFPA. A esta relevante novedad dedicaremos el último apartado del trabajo.

2. Evolución y polisemia del concepto de potestad administrativa o pública

En nuestra tradición jurídica parece arraigada la idea de que la potestad administrativa es estrictamente un poder coercitivo, desfavorable, de *imperium*: sanciones, expropiaciones, órdenes de policía administrativa... Sin embargo, tanto el Derecho positivo como la jurisprudencia más reciente –se observa una evolución en sus postulados tradicionales– evidencian que cada vez se abre paso con mayor solidez un concepto de potestad más amplio y omnicomprensivo, que abarca manifestaciones de carácter favorable –como las subvenciones, la adjudicación de

contratos o incluso el gasto público en su conjunto– a las que no se apareja la nota de la ejecutoriedad, aunque sí la de unilateralidad (y su correlato de ejecutividad). Sintetizo a continuación el fruto de otro trabajo, al que remito[3], en el que se llega a la individualización de la potestad administrativa respecto de otros poderes jurídicos conforme a la delimitación que resulta de la siguiente figura:



Conforme a esa acotación, cabe definir la *potestad administrativa como un poder jurídico unilateral, atribuido conforme al principio de legalidad para la satisfacción del interés general, sometido a la ley y a control jurisdiccional (judicial y constitucional)*. En esta definición hay tres elementos de carácter *diferenciador*, cuya suma o adición permite individualizar a la potestad administrativa respecto de otros poderes jurídicos: *i) Su vinculación a la satisfacción del interés general –carácter funcional–, ii) Su articulación mediante el principio de legalidad –carácter unilateral– y su plena sujeción a la ley, y iii) Su sujeción a control jurisdiccional (judicial y constitucional)*. Estos rasgos diferencian la potestad administrativa de cualquier otro poder jurídico y le otorgan consistencia técnica tanto frente al resto de potestades públicas, como de las potestades privadas.

Pero existen, además, otros rasgos de carácter *identitario*, en cuanto que atributos o componentes necesarios de la potestad administrativa –*intensión* del concepto–, que son por tanto elementos indisociables de este poder jurídico, y han de analizarse

[3] Sobre el concepto de potestad administrativa véase Gamero: 50 ss., donde se desarrolla el Capítulo I de la obra, "Delimitación conceptual de la potestad administrativa", del que yo mismo soy autor.

indisolublemente unidos a su contexto, aunque no resulten estrictamente precisos para diferenciar la potestad administrativa de otros poderes jurídicos[4]. Tomando en consideración tanto sus rasgos diferenciadores como identitarios, las potestades administrativas se caracterizan por las siguientes notas:

a) Las potestades administrativas son reconocidas directamente por el Ordenamiento jurídico conforme al principio de legalidad –arts. 9.3 y 103.1 CE–. Son las normas las que establecen y atribuyen las potestades administrativas, conforme al principio de legalidad, determinando su alcance y modo de ejercicio. No son fruto de un contrato, pacto o acuerdo de la Administración con otro sujeto, si bien, este tipo de instrumentos jurídicos puede ser la llave que determine la consiguiente aplicación de potestades administrativas por ministerio de la ley: así, la firma de un contrato administrativo permite ejercer sobre el contratista las potestades de dirección, interpretación unilateral, etc., establecidas en la legislación de contratos.

b) Las potestades administrativas son *unilaterales*, esto es, se ejercen sin necesidad de que el destinatario de su actuación esté de acuerdo con ello. A veces, los ciudadanos tienen que dirigir solicitudes o peticiones a la Administración para ejercer un derecho –por ejemplo, para instalar una industria–, pero la Administración les reconoce o les deniega el ejercicio de ese derecho unilateralmente, según cumplan o no los requisitos impuestos por el ordenamiento jurídico.

Es muy importante resaltar que el carácter unilateral de la potestad determina que sus actos de aplicación gocen de la nota de la *ejecutividad*, pero –a pesar de una amplia opinión subyacente en sentido contrario–, no es una nota consustancial o intrínseca a toda potestad administrativa la *ejecutoridad* o susceptibilidad de ejecución de oficio de sus actos de aplicación, esto es, la capacidad de que la Administración ejecute el acto –por ejemplo, embargando una cuenta corriente– cuando no lo hace la persona obligada. En efecto, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional (STC 22/1984), la ejecutoriedad es una potestad administrativa específica que debe reconocerse concretamente, y no

[4] Seguramente, el compendio mejor sintetizado de los rasgos de la potestad administrativa reside en este párrafo de GARCÍA DE ENTERRÍA: "Las potestades son inalienables, intransmisibles e irrenunciables, justamente porque son indisponibles por el sujeto en cuanto creación del Derecho objetivo supraordenado al mismo. El titular de la potestad puede ejercitarla o no, pero no puede transferirla; la propia Ley puede, a lo sumo, permitir su delegación de ejercicio (arts. 12 y 13 LPC, etc.). Las potestades son también imprescriptibles, aunque su ejercicio puede estar sometido a caducidad o decadencia. Las potestades son, en fin, inagotables e idénticas a través de su ejercicio, que más que consumirlas las confirma. Son también insusceptibles de modificación por el titular; sólo la Ley, en que tienen su origen, puede alterarlas o extinguirlas"; Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas-Thomson-Reuters, 2017, p.488.

un rasgo consustancial a todo acto administrativo. Esta puntualización es muy relevante para el tema que nos ocupa, pues pone de manifiesto que no todas las potestades administrativas suponen, de suyo, el ejercicio de autoridad, aspecto que es crucial para determinar las funciones reservadas a los funcionarios públicos.

Por otra parte, algunas actuaciones que suponen el ejercicio de potestades, como el otorgamiento de subvenciones, exigen la aceptación del particular; esa aceptación es precisa para que el beneficiario se inserte en el marco jurídico de la relación subvencional posterior (obligándose a partir de ese momento a desarrollar la actividad subvencionada, y reintegrar la subvención o exponerse a sanciones en caso de incumplimiento), pero el otorgamiento de la subvención se articula mediante un acto unilateral en ejercicio de la potestad administrativa.

c) Del ejercicio de la potestad administrativa resultan actos administrativos concretos, que *pueden dar lugar a una mejora, a un empeoramiento de la situación de los particulares, o serles indiferentes*: se les puede conceder una subvención o denegar una pensión, imponer una sanción u otorgar una licencia de apertura de un establecimiento, certificar su empadronamiento o sus calificaciones académicas, etc. En este sentido, como ya hemos comentado, potestad administrativa no es sinónimo de ejercicio de autoridad pública o de un poder desfavorable, pues las potestades administrativas pueden dar lugar a actos favorables. En particular, tanto la jurisprudencia como la doctrina científica vienen proclamando desde hace años el carácter de potestad administrativa que ostentan la adjudicación de contratos, el otorgamiento de subvenciones o incluso el gasto público[5].

d) Las potestades administrativas son *imprescriptibles*, pueden ser ejercidas indefinidamente, mientras que su reconocimiento no desaparezca del ordenamiento jurídico. Así, puede multarse a un conductor cada vez que se salta un semáforo, mientras que esta conducta esté prohibida y sancionada por la ley.

[5] Véanse, respectivamente, REGO BLANCO, M.D.: "Potestades administrativas y contratación pública: ¿se ejerce potestad administrativa al adjudicar contratos públicos?", pp. 779 ss.; TOSCANO GIL, F.: "Las potestades administrativas en el ámbito de las subvenciones", pp. 827 ss.; y LASARTE ÁLVAREZ, J.: "Reflexión sobre principios del gasto público y potestades administrativas", pp. 645 ss.; todos ellos en GAMERO CASADO (Dir.), 2021. Sobre el tema de las subvenciones, véase asimismo, más recientemente, TOSCANO GIL, F.: "La galaxia material: de las subvenciones a los incentivos económico-patrimoniales", pp. 27 ss.; y ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E.M.: "La galaxia subjetiva: los «poderes adjudicadores» de subvenciones del poder público y las entidades colaboradoras", pp. 55 ss.; ambos, en GAMERO CASADO, E. y ALARCÓN SOTOMAYOR, L.: *20 años de la Ley General de Subvenciones*, Instituto Nacional de Administración Pública y Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Madrid, 2023. Más adelante se citarán extensamente varias sentencias del Tribunal Supremo en las que se considera el otorgamiento de subvenciones como ejercicio de una potestad administrativa.

e) Los ciudadanos están sujetos en términos generales al ejercicio de las potestades administrativas, se encuentran en una *situación de sujeción general*, en una posición de dependencia a la actuación de la Administración.

f) Las potestades administrativas se orientan a la *satisfacción del interés general*. Los particulares también pueden ostentar potestades, que pretenden fines privados (por ejemplo, la patria potestad); en cambio, las potestades administrativas se otorgan por el ordenamiento jurídico para la satisfacción del interés general. Cada norma que atribuye una establece —explícita o implícitamente— cuál es el concreto interés general que debe perseguirse con su ejercicio. Cuando se ejerce la potestad para otro fin distinto se incurre en un vicio denominado *desviación de poder*.

g) Las potestades administrativas pueden ser ejercidas no sólo por la Administración en sentido estricto, sino también por otras entidades del sector público e incluso por los particulares (ejercicio privado de funciones públicas). Este es uno de los aspectos más problemáticos del régimen jurídico de las potestades administrativas: por un lado, tanto la LPAC como la LRJSP –art. 2.2 b)– se declaran de aplicación a las entidades del sector público cuando ejerzan potestades administrativas y, a pesar de que un sector de la doctrina rechaza que se puedan ejercer potestades administrativas por parte de entidades privadas del sector público, en la actualidad esa atribución es un hecho: basta recordar que Correos y Telégrafos S.A. tiene encomendada la entrega de notificaciones administrativas con constancia fehaciente. El principal problema es que el Ordenamiento no limita el tipo de potestades que pueden ejercer las entidades y sujetos privados, pues es rechazable que se les atribuya el ejercicio de autoridad (sanciones y otros actos de *imperium*). La incoherencia del Ordenamiento jurídico es total cuando se observa que el EBEP –art. 9.2– reserva a los funcionarios públicos las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas. Estas contradicciones introducen mucha confusión, y revelan la necesidad de que el legislador dicte las disposiciones necesarias para resolver tales incoherencias. Más adelante volveremos sobre ello.

h) El ejercicio de las potestades administrativas está sujeto a *control judicial*, pudiendo ser impugnados sus actos de aplicación ante los tribunales de justicia para confirmar su adecuación a la ley y al Derecho. El orden jurisdiccional especializado en el control de las potestades administrativas es el contencioso-administrativo. Sin embargo, conviene notar que, salvo contadas excepciones, su legislación reguladora no le atribuye expresamente el control de las

potestades administrativas que ejerzan las entidades privadas, tanto del sector público como del sector privado.

II. FUNCIONES RESERVADAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL ART.9.2 TREBEP

1. Interpretación restrictiva (auténtica y doctrinal), de los puestos reservados a funcionarios

La doctrina más autorizada ha destacado que, en términos axiológicos y teleológicos, lo que pretende el art. 9.2 TREBEP no es reservar a los funcionarios públicos *todos* los puestos que supongan ejercicio de potestades, sino las concretas funciones que, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, podían quedar reservadas a los nacionales españoles. Es muy elocuente lo que al respecto comenta SÁNCHEZ MORÓN (voz especialmente cualificada por su papel central en la redacción del EBEP), quien explica lo siguiente:

> "La indeterminación de estos conceptos, unida a la dialéctica siempre existente entre quienes pretenden ampliar a toda costa el ámbito de la función pública (la mayoría de los empleados públicos y sus sindicatos y asociaciones profesionales) y quienes prefieren la mayor flexibilidad que brinda el Derecho del trabajo, ha dado lugar a una polémica importante. Para resolverla debe tenerse en cuanta, no obstante, que el precedente de la norma se halla en la jurisprudencia del TJUE, que, como excepción al principio de libre circulación de los trabajadores en la Unión Europea, admite que ciertas funciones públicas puedan ser reservadas a los nacionales de cada Estado miembro por su legislación interna. Así se deduce del informe de la Comisión que preparó el EBEP y del art. 57.1 de su Texto Refundido, que utiliza las mismas expresiones con esta finalidad. Por tanto, no debería hacerse una lectura extensiva de la reserva contenida en el art. 9.2 TREBEP, del mismo modo que no cabe hacerla del art. 57.1, en contra de los criterios del TJUE y de la comisión europea. pues la razón de ser de la norma es salvaguardar en mayor medida la imparcialidad de los empleados que han de adoptar decisiones vinculantes, o realizar actuaciones (de inspección o instrucción de expedientes sancionadores, por ejemplo), potencialmente lesivas de derechos individuales (véase en tal sentido la STS de 28 de octubre de 2014) o bien elaborar informes preceptivos y practicar actuaciones que requieren absoluta independencia de criterio (la dación de fe pública, por ejemplo), o

participar en típicas funciones «de soberanía» (carreras diplomática, judicial y fiscal, Fuerzas Armadas y de Seguridad, Hacienda e Intervención, etc.)"[6].

El Informe de la Comisión que preparó los trabajos del EBEP corrobora esta versión[7], que también comparten otros autores[8]. Y resulta asimismo confirmatorio de la teleología normativa lo dispuesto en el art. 5.1 RD 543/2001, de 18 de mayo, sobre acceso al empleo público de la Administración General del Estado y sus Organismos públicos de nacionales de otros Estados a los que es de aplicación el derecho a la libre circulación de trabajadores, que establece una correspondencia lineal y directa entre la expresión del art. 9.2 EBEP y la delimitación de los puestos de trabajo que se reservan a los nacionales españoles[9]: si este precepto fuera objeto de la misma interpretación extensiva que el art. 9.2 TREBEP –cosa que rechazamos–, incluyendo en su ámbito cualesquiera potestades administrativas –inclusive las favorables, como el otorgamiento de subvenciones–, el perímetro de puestos reservados a nacionales rebasaría ampliamente el ámbito definido por la jurisprudencia del TJUE en esta materia.

---

[6] Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid, 2017, p. 69. En idénticos términos se expresa el autor en la obra dirigida por él mismo, SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 91 ss.

[7] Véase *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, de 25 de abril de 2005, p. 52.

[8] Es el caso de PARADA VÁZQUEZ, R. y FUENTETAJA PASTOR, J.: *Derecho de la función pública*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2017, p. 163; del segundo, véase también FUENTETAJA PASTOR, J.: *Pasado, presente y futuro de la función* pública, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013 pp. 294 ss.; CANTERO MARTÍNEZ, J.: "Criterios para la clasificación del empleado público: ¿funcionario o laboral?", *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.º 5, 2013, p. 91; JORDANO FRAGA, J.: "Grietas en los ejes del modelo constitucional: las funciones reservadas a los funcionarios", *REDA*, n.º 174, 2015, (BIB 2015\16796), p.1; LARIOS RISCO, D.: "Comentario al artículo 9", en PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A. (Dirs.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 104; LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: *La relación laboral especial de empleo público*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 51, FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA, J.: "El Estatuto básico del empleado público y la regulación de las funciones reservadas al funcionario público", *REDA*, n.º 139, 2008 (BIB2008\1632), p. 17; QUESADA LUMBRERAS, J.: "La delimitación de funciones entre el personal funcionario y laboral: especial referencia a la reordenación del sector público de Andalucía", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 317, 2011, p. 160; CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, C.: "El papel del funcionario y del laboral en el nuevo diseño de la Administración pública", *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 11, 2011 (BIB2010\2998), p.9; MONTILLA PÉREZ, S.: "La reserva funcionarial establecida en el artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público", *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 58, 2021, pp.16 ss.

[9] "Artículo 5. *Puestos de trabajo y empleos excluidos*. Los puestos de trabajo que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses del Estado o de las demás Administraciones públicas quedarán reservados a los empleados públicos de nacionalidad española". En el Anexo del Real Decreto se establece la relación de cuerpos y escalas que quedan excluidos a nacionales de otros Estados miembros.

Como apunta MORENO LÓPEZ, los fines de ambas determinaciones son distintos: en la interpretación extensiva, se trata de salvaguardar la independencia y objetividad de los funcionarios, en tanto que, en la interpretación restrictiva, el objetivo es limitar los puestos que pueden ser desempeñados por extranjeros[10]. A mi juicio, la interpretación extensiva podría tener encaje en los arts. 2.2 LPAC y LRJSP, sometiendo al Derecho administrativo el ejercicio de cualquier potestad administrativa por parte de las personificaciones instrumentales de Derecho privado de las Administraciones públicas, de manera que el ejercicio de cualquier potestad (restrictiva o favorable) debe respetar los postulados de la LPAC y la LRJSP, y en particular, tramitarse mediante el correspondiente procedimiento administrativo.

En efecto, a lo largo del siglo XXI ha tenido lugar una evolución del concepto de potestad administrativa, que de ser concebida originariamente como ejercicio de soberanía, autoridad o *imperium* −cuya impronta es la que se dejó en el art. 9.2 TREBEP−, ha pasado posteriormente a englobar, por obra de la doctrina y la jurisprudencia, un ámbito material mucho más amplio, que incluye también a expresiones de ejercicio de poder favorable para los ciudadanos, como es especialmente el caso de las subvenciones, pero también −según hemos comprobado−, la adjudicación de contratos o el gasto público. En relación con las clases de personal, debe operar la noción o acepción restrictiva del concepto, pues esa es su finalidad, considerando que el Derecho estatal básico únicamente exige que se reserven a los funcionarios las concretas potestades que supongan gravamen, ejercicio de autoridad o de soberanía.

También abundaría en esta interpretación la actual redacción −conferida en 2013− del art. 92.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local[11]: "Corresponde exclusivamente a los funcionarios de carrera al servicio de la Administración local el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales. Igualmente son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado a funcionarios de carrera, las que impliquen ejercicio de autoridad, y en general, aquellas que en desarrollo de la presente Ley, se

[10] Véase MORENO LÓPEZ, G.: "Clases de personal al servicio de las Administraciones públicas y adquisición y pérdida de la relación de servicio en el Estatuto Básico del Empleado Público", en LINDE PANIAGUA, E. (Dir.), *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo por el Estado y las Comunidades Autónomas*, Colex, Madrid, 2008, p. 59.

[11] El texto del precepto, antes de su modificación −siendo el apartado 2º del art.92− era el siguiente: "Son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente a personal sujeto al Estatuto funcionarial, las que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería y, en general, aquellas que, en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función".

reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función".

Podrían diferenciarse así dos tipos diferentes de funciones reservadas a funcionarios: las que supongan ejercicio de autoridad, que les estarán reservadas en todo caso. Pero, además, las Administraciones públicas podrían reservarles otras funciones para mejorar la objetividad, imparcialidad e independencia en su ejercicio. En este caso, sería una opción que quedaría a criterio de cada Administración pública, y que puede traducirse en la reserva de ciertas funciones a concretos cuerpos de funcionarios, creados como garantía de imparcialidad y objetividad y en los que se subsumiría la mención a "la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas"[12]. Como hemos anticipado anteriormente, la doctrina científica comparte esa doble *veste* de la reserva. Las dudas se plantean, por una parte, en determinar cuáles son las concretas funciones que suponen ejercicio de autoridad; y por otra, no solo en diferenciarlas de las que no lo supongan, sino incluso, si son esencialmente distintas de las que se le reserven por el segundo motivo.

Esta doble vertiente o dimensión de las funciones reservadas a funcionarios, y la dificultad de deslindarlas, subyace en toda la legislación que las regula. Y por eso muchas disposiciones, como es el caso del art. 15 LFPA –según comprobaremos más adelante– eluden diferenciar entre las funciones reservadas las que lo son por una y otra causa.

2. La jurisprudencia del TJUE

El marco normativo de esta jurisprudencia viene determinado por el art.45 TFUE (antiguo art. 39 del Tratado CEE), mediante el que se asegura la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión. A pesar de que su apdo. 5 establece que las disposiciones del artículo no son aplicables a los empleos en la Administración pública (por lo que no se verían beneficiados por la libre circulación y podrían reservarse a nacionales de cada Estado miembro), el TJUE ha dictado en su aplicación una jurisprudencia que restringe y delimita esa exclusión, y entiende que no todos los puestos de las Administraciones públicas pueden reservarse a nacionales. La Comunicación de la Comisión *La libre circulación de trabajadores* sintetiza los criterios alumbrados por el TJUE de la siguiente manera[13]:

[12] Una completa exégesis de esta paráfrasis en MONTILLA, 2021: pp. 8 ss. El autor considera que el precepto alude a "determinados Cuerpos y Escalas de funcionarios, que no participando en el ejercicio de las potestades públicas, sus funciones y tareas, están dirigidas, directamente, a la tutela y protección de los intereses generales de la Administración Pública, donde quedarían incluidos, también, los intereses económicos".

[13] Véase Comunicación de la Comisión *La libre circulación de trabajadores-La plena realización de sus ventajas y sus posibilidades*, COM (2002) 694 final, de 11 de febrero. En el documento (p. 20) cita los siguientes

> "En algunas de sus primeras sentencias, el Tribunal desarrolló su interpretación del apartado 4 del artículo 39 del Tratado CE: sólo se permite a los Estados miembros restringir puestos en la administración pública a sus nacionales si están directamente relacionados con las actividades específicas de la administración pública, es decir, *si implican el ejercicio del poder público y la responsabilidad de salvaguardar el interés general del Estado*, incluidos tanto los organismos públicos como las autoridades locales. Hay que evaluar estos criterios con un planteamiento para cada caso particular, teniendo en cuenta la naturaleza de las tareas y las responsabilidades que entraña el puesto. En dichas sentencias, el Tribunal consideró que no se pueden limitar a los nacionales del Estado puestos de trabajo como, por ejemplo, los de los servicios postales o ferroviarios, o como los de fontanero, jardinero, electricista, profesor, enfermero e investigador civil" (la cursiva es nuestra).

El Tribunal se limita por tanto a establecer unos principios generales que deben analizarse caso por caso. En su jurisprudencia ha venido a concretar el criterio un poco más: las funciones reservadas a los nacionales (no necesariamente a funcionarios, entiéndase bien), deben traducirse en *actos de voluntad que obliguen a los particulares*, lo cual abarca dos posibles manifestaciones: *i)* Actos cuya obediencia se les pueda exigir; *ii)* Actos a los que, en el caso de no avenirse o conformarse a ellos, resulte posible forzarles a su cumplimiento[14]. En su sentencia 10/09/2014, asunto C-270/13, § 44 ss. –compendiando otras anteriores–, el TJUE ha puntualizado lo siguiente (las cursivas son nuestras):

> "el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el concepto de «Administración pública» en el sentido del artículo 45 TFUE, apartado 4, se refiere a los empleos que *implican una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las demás entidades públicas* y que suponen pues, por parte de sus titulares, la existencia de una relación particular de solidaridad con el Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del vínculo de nacionalidad (véanse, en particular, las sentencias *Comisión/Grecia*, C-290/94,

asuntos como fuente de su síntesis: Asunto 152/73, *Sotgiu*, Rec. 1974, p. 87; asunto 149/79, *Comisión/Bélgica I*, Rec. 1980, p. 1291; asunto 149/79, *Comisión/Bélgica II*, Rec. 1982, p. 549; asunto 307/84, *Comisión/Francia*, Rec. 1986, p. 1725; asunto 66/85, Lawrie-Blum, Rec. 1986, p. 2121; asunto, 225/85, *Comisión/Italia*, Rec. 1987, p. 2625; asunto 33/88, *Allué*, Rec. 1989, p. 1591; asunto C-4/91, *Bleis*, Rec. 1991, p. I-5627; asunto C-473/93, *Comisión/Luxemburgo*, Rec. 1996, p. I-3207; asunto C-173/94, *Comisión/Bélgica*, Rec. 1996, p. I-3265; asunto C-290/94, *Comisión/Grecia*, Rec. 1996, p. I-3285.

[14] Así lo considera el TJUE en las sentencias 26/05/1982, asunto 149/79; 02/07/1996, asunto 473/1993; 30/09/2003, asunto C-47/02; 31/05/2001, asunto C-283/99; y 02/07/1996, asunto C-290/94.

EU:C:1996: 265, apartado 2, y *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*, EU:C:2003: 515, apartado 39). (…)

Por lo tanto, ha de comprobarse si las funciones atribuidas al Presidente de una Autoridad Portuaria *contienen prerrogativas de poder público y la salvaguardia de los intereses generales del Estado*, que, por consiguiente, justifiquen que estén reservadas a los nacionales italianos.

(…) en determinadas circunstancias, el Presidente de una Autoridad Portuaria está facultado, en el *ejercicio de las facultades coercitivas de que dispone, para adoptar decisiones de carácter ejecutivo* con objeto de salvaguardar los intereses generales del Estado, en el caso de autos la integridad de los bienes comunes.

55. Entre dichas facultades coercitivas figuran, por una parte, en el marco de las funciones de administración de las zonas y los bienes del dominio marítimo, la facultad de ordenar a todo aquel que ocupe abusivamente zonas de dicho dominio situadas dentro del recinto del puerto, que devuelva el lugar a su estado inicial, teniendo la facultad, en caso de inejecución de dicha orden, de ordenar de oficio dicha reposición a expensas del infractor [artículo 8, apartado 3, letra h), de la Ley nº 84/94, en relación con el artículo 54 del Código de la navegación].

56. Por otra parte, en aplicación del artículo 8, apartado 3, letra m), de la Ley nº 84/94, el Presidente de una Autoridad Portuaria garantiza la navegabilidad en la zona del puerto, así como la ejecución de tareas de excavación y mantenimiento de los fondos marinos. A estos efectos y en caso de urgencia o de necesidad imperiosa, el Presidente dispone de la facultad de adoptar decisiones ejecutivas.

57. Dichas facultades, *en la medida en que implican el ejercicio de prerrogativas de poder público*, pueden estar comprendidas dentro de la excepción a la libre circulación de trabajadores del artículo 45 TFUE, apartado 4".

En la misma línea, esta misma noción ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia en el contexto del art.51 TFUE, que establece excepciones a la libertad de establecimiento. Así, en la STJUE 01/02/2017, as. C-395/2015, *Comisión contra Hungría*, el "ejercicio de poder público es concebido " como la actividad que «implica el ejercicio de facultades decisorias que exceden del ámbito del Derecho común y que se traducen en la capacidad de actuar con independencia de la voluntad de otros sujetos o incluso en contra de la voluntad de los mismos"; puntualizando el Tribunal que se excluyen del concepto las actividades auxiliares o preparatorias respecto del ejercicio

del poder público, o actividades que dejan intactas las facultades de apreciación y de decisión de las autoridades administrativas o judiciales, así como actividades que no implican el ejercicio de facultades decisorias ni de poderes de coacción o de coerción.

En particular, la paráfrasis "empleos que implican una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las demás entidades públicas", evoca claramente las determinaciones que el legislador español ha inoculado en los arts. 9.2 TREBEP y 92.3 LRBRL. Pero debemos puntualizar que, en el sentido que les asocia la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, esta acepción viene inescindiblemente unida a la noción de *prerrogativa*, que esta doctrina jurisprudencial conecta, como ya hemos dicho, con la imposición de actos desfavorables o de gravamen que deban ser necesariamente cumplidos por los ciudadanos, y la posibilidad de imponer su complimiento forzoso en caso de rechazo a su ejecución voluntaria[15].

En nuestro Derecho, como se ha visto, esa noción de prerrogativa entendida como poder de imposición unilateral de una conducta, no es un rasgo consustancial de toda potestad administrativa: la unilateralidad intrínseca de la potestad conlleva la *ejecutividad* de los actos dictados en su ejercicio, pero no su *ejecutoriedad*, que es una potestad administrativa específica (la ejecución de oficio o autotutela administrativa).

3. La jurisprudencia del Tribunal Supremo

La jurisprudencia española ha manejado los arts. 9.2 EBEP y 92.3 LRBRL con alcances muy diferentes, a veces ceñidos al referente europeo, y a veces no, interpretado en unos casos estos preceptos en sentido restrictivo y en otros casos de acuerdo con la literalidad de sus palabras. El problema reside en que, como la noción de *potestad administrativa* carece de una acepción unívoca en los operadores jurídicos, y su carga semántica ha evolucionado en las últimas décadas, también los tribunales (o el mismo Tribunal Supremo) ha mantenido interpretaciones divergentes del concepto.

Así, en unos casos, el sentido en el que la jurisprudencia ha interpretado la expresión es el de reservar a los funcionarios las concretas funciones o potestades administrativas que supongan el ejercicio de "prerrogativas", de "autoridad" o de "*imperium*", nociones que revelan preeminencia o supremacía y son más restrictivas que la más genérica de "función pública" o "potestad administrativa". Por tanto, no toda potestad administrativa quedaría reservada a los funcionarios públicos, sino tan sólo las que supongan ejercicio de autoridad.

Por ejemplo, la STS 28/10/2014, rec.2797/2012 (relativa a la agencia andaluza AMAYA); en su f.j. 2º, declara que las funciones públicas que se encuentran reser-

[15] En la misma línea, Jordano: 11, nota 29.

vadas a los funcionarios son "las que implican ejercicio de autoridad"; y hace suyos los razonamientos de instancia, en los siguientes términos: "como acabamos de señalar, la Sala de instancia describe, en el fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida, antes transcrito en el antecedente segundo de esta nuestra, las concretas facultades que al personal de la Agencia confiere la Orden en cuestión, todas las que implican ejercicio de autoridad, y, por consiguiente, están reservadas, conforme al precepto invocado (artículo 9.2 de la Ley 7/2007), a los funcionarios públicos", concretándolas en las siguientes: "el ejercicio de facultades de autotutela, la recuperación y de imposición de sanciones; (…) una potestad administrativa de naturaleza sancionadora o imponer cargas o prestaciones personales de carácter público"[16].

También es pedagógica en la enunciación de ejemplos la STS 24/11/2009, rec.4035/2005, en la que se dilucidaba la legalidad de la modificación de los Estatutos de una sociedad mercantil en mano pública (EGMASA), al entender los sindicatos recurrentes que las funciones que se le atribuían a la entidad usurpaban funciones reservadas a los funcionarios; para comprender lo que decimos resulta oportuno transcribir algunos párrafos del f.j. 6º de la sentencia, a mi juicio, muy acertada en todos sus extremos:

> "Así, la protección de los espacios naturales, la defensa de márgenes y encauzamientos hidráulicos, puede suponer el ejercicio de facultades de autotutela, de recuperación y la imposición de sanciones, cuya tramitación corresponde a los funcionarios públicos y a los Agentes de Medio Ambiente en particular; las «actuaciones necesarias» para la clasificación y deslinde de las vías pecuarias pueden suponer la atribución de terrenos al dominio público con importante incidencia en la propiedad privada de los particulares, dada la presunción posesoria y demanial a favor de la Comunidad Autónoma (Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias), la gestión y planificación de montes o espacios naturales no podrá afectar legítimos derechos de terceros, como tampoco EGMASA podrá aprobar planes o programas de caza en terrenos que no sean de su titularidad. *Depende, por tanto, de cómo se desempeñen estas actividades para que se incida o no en el ejercicio de potestades públicas*: la protección y defensa del dominio público *nunca podrá implicar el ejercicio de potestad sancionadora, ni la imposición de cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público*, como tampoco, dentro de "las actuaciones necesarias", EGMASA podrá *aprobar los expedientes adminis-*

[16] Según se afirma en el f.j. 2º de esta sentencia, la encomienda de gestión impugnada no puede reputarse inválida porque "la Sala de instancia describe, en el fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida, antes transcrito en el antecedente segundo de esta nuestra, las concretas facultades que al personal de la Agencia confiere la Orden en cuestión, todas las que implican ejercicio de autoridad, y, por consiguiente, están reservadas, conforme al precepto invocado (artículo 9.2 de la Ley 7/2007), a los funcionarios públicos" (el subrayado es nuestro).

trativos de clasificación y deslinde, aunque pueda llevar a cabo ciertas actividades técnicas de investigación o ejecución material sobre el terreno, pero *sin que gocen de presunción alguna las actas* levantadas o informes evacuados, en ejercicio de esas funciones, por personal que no sea funcionario con la condición de autoridad o de agente de la misma. Por el contrario, trabajos materiales para la ejecución de contratos administrativos de obras, en sus distintas clasificaciones; labores de regeneración y recuperación paisajística; realización de trabajos materiales forestales, de aprovechamientos agrícolas o ganaderos; la gestión y explotación de fincas propias; proyectos de acercamiento de la sociedad a los entornos naturales y en general actividades de tipo educativo o turístico; mantenimiento y conservación; u otros similares de naturaleza puramente industrial o mercantil, previstos estatutariamente, podrán ser normalmente desarrollados sin peligro alguno para la potestad pública, ni el derecho de terceros" (las cursivas son nuestras).

Como se ve, la sentencia hace dos acotaciones:

1º.- Sólo son potestades públicas, en el sentido del precepto examinado, las que suponen prerrogativa.

2º.- La reserva de tales potestades a los funcionarios no impide que empleados laborales (o incluso particulares) puedan desempeñar funciones auxiliares o técnicas de apoyo; pero, en tal caso, su "actas" o documentos de respaldo no gozarán de presunción de certeza y veracidad. Esta diferenciación entre potestad administrativa y actividades auxiliares y técnicas de soporte a su ejercicio es crucial, aunque no siempre fácil de hacer[17].

En otras ocasiones, la jurisprudencia no entra en tales matices, y hace gala de la interpretación extensiva del concepto de potestad administrativa que SÁNCHEZ MORÓN repudia en relación con este precepto, para anular la transferencia de potestades administrativas a entidades privadas del sector público.

Así, la STS 19/10/2005, rec. 6033/1999, en relación con el art. 92.3 LRBRL, considera que deben reservarse a funcionarios públicos "Aquellos puestos de trabajo cuyas funciones o cometidos exterioricen una actividad de la Administración que tenga una directa trascendencia para la situación jurídica de otros sujetos de derecho (ajenos o no a su organización), y en los que sean relevantes esas notas de objetividad, imparcialidad e independencia, habrán de ser necesariamente encomendados a personal funcionarial". Se traduciría, entonces, en la realización de todas las actuaciones ad extra, susceptibles de afectar a derechos e intereses legítimos de la ciuda-

[17] Véase, mucho más en detalle, BERNING PRIETO, A.D.: "La delimitación entre potestades administrativas y actividades técnicas o auxiliares", en GAMERO CASADO, E. (Dir), *La potestad…, op.cit.*, pp. 277 ss.

danía. Interpretada literalmente, conduciría al absurdo de determinar que también meras actuaciones materiales o de hecho, como el mantenimiento de los jardines y vías públicas, o los servicios de limpieza, han de ser desempeñados por funcionarios. Creo que en realidad la sentencia está aludiendo a la actividad formalizada que se produzca ad extra, es decir, restringiendo las actuaciones reservadas a funcionarios al dictado de actos administrativos que afecten a derechos e intereses legítimos de la ciudadanía; lo cual supone, en cualquier caso, una considerable expansión del ámbito del precepto, pues no se trataría solo de actos de gravamen o prerrogativa, sino también de actuaciones favorables.

Por su parte, en la STS 22/01/2013, rec.1626/2011, el Tribunal Supremo hace suyo el razonamiento de instancia (del TSJA) para confirmar la anulación de una encomienda de gestión a una Fundación en mano pública. En su f.j.3º, la sentencia lleva a cabo un cribado de las funciones que se encomiendan a la fundación, calificándolas como ejercicio de potestades administrativas (las cursivas son nuestras):

> "la primera es el *archivo y clasificación de documentos*. Esta clasificación, por fuerza conlleva una valoración que al tratarse de documentos administrativos comportará un ejercicio de potestades que va más allá de una actuación puramente material o técnica. Otra tarea reservada a la encomienda es la consistente en "*tareas organizativas de los expedientes y la documentación que contienen*". Es igualmente obvio que la organización de los expedientes supone la aplicación de los principios contenidos en la ley 30/1992 en concreto en su Título VI. Las tareas organizativas *implican actos de ordenación e instrucción de carácter claramente administrativo y que pueden comportar -normalmente así será- el ejercicio de potestades* de este orden. No estamos tampoco ante una mera actividad material.
>
> En fin, las *labores meramente administrativas referentes a la tramitación de solicitudes comporta establecer su orden de prelación, eventualmente su admisión* o no, etc. *Cuestiones que, como la anterior, están reguladas por la ley como propias del procedimiento administrativo y que* se rigen por principios de este orden y que, reiteramos, *comportan el ejercicio de potestades administrativas*
>
> (…) La encomienda de dichas actividades *no podrá implicar, en ningún caso, la atribución de potestades, funciones o facultades sujetas a Derecho administrativo.*
>
> *Las funciones que se encomiendan implican ejercicio de potestades administrativas. No son actividades de carácter material únicamente*".

En la misma línea, se han criticado agudamente las "hipócritas contradicciones" que supone que ejerzan potestades administrativas los empleados laborales del

Banco de España y otros organismos cuyas normas de creación han repudiado el régimen funcionarial, así como afirmar que los empleados laborales no pueden ejercer potestades administrativas, pero al mismo tiempo se consienta que las ejerzan los funcionarios interinos, cuyas garantías de inamovilidad son inferiores[18]. En este sentido, es asombrosa la diferencia de criterio que sobre este mismo punto han sostenido (con apenas unos meses de diferencia) el Tribunal Supremo, en su sentencia 828/2019, de 14 de junio, que rechazaba la posibilidad de que los policías locales fuesen interinos; y el Tribunal Constitucional, en su sentencia 106/2019, de 19 de septiembre –apenas tres meses después–, que admite plenamente que lo sean. Al comentar esta situación, CANTERO ha recordado que la reserva de funciones a funcionarios responde, como razón última, a la nota de la inamovilidad, que no se da en los interinos, lo que representa una importante incoherencia del sistema[19]. Como expone la autora, si nos atenemos a este criterio, el personal interino se encuentra en una posición mucho más precaria que el personal laboral fijo. A su juicio, el problema se ha agudizado con la nueva redacción que la Ley 27/2013 confirió al art.92.3 LRBRL, cambiando las referencia al "personal sujeto a estatuto funcionarial" por la mención explícita a los "funcionarios de carrera", dando lugar a la interpretación literal realizada por la STS 828/2019; por el contrario, la STC 106/2019 realiza una interpretación integradora del art. 92.3 LRBRL con el art. 9.2 TREBEP, considerando que la mención a "funcionarios de carrera" debe entenderse realizada a cualquier clase de funcionarios públicos. En aplicación de esta última, el Tribunal Supremo ha rectificado posteriormente su doctrina, mediante la sentencia 294/2020, de 2 de marzo, permitiendo que policías locales interinos porten armas de fuego. Por su conexión con el tema que nos ocupa, también conviene reseñar la STC 178/2019, que declara inconstitucional la posibilidad de asignar a empleados laborales tareas de "auxiliar de policía", con atribuciones que suponen el ejercicio de autoridad.

Resulta igualmente sintomática la STS 75/2019, de 29 de enero, relativa a la modificación de los Estatutos de la agencia andaluza IDEA. La sentencia es expresiva por los razonamientos que acoge y hace suyos de la de instancia, la STSJA 1102/2016, de 24 de febrero[20], en cuyos f.j. 6º y 7º se afirma lo siguiente:

[18] Véase Parada y Fuentetaja: 164.

[19] *Vid.* CANTERO MARTÍNEZ, J.: "El ejercicio de funciones de autoridad por funcionarios interinos (a propósito de la jurisprudencia sobre policía local)", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 14, 2020, pp. 146 ss.

[20] Aunque debe notarse que, ni en instancia ni en casación se anula el Decreto, al considerar que, de producirse infracción del marco constitucional y legal que reserva el ejercicio de potestades a funcionarios públicos, dicha infracción no tiene lugar en el Decreto impugnado, sino que podría producirse con ocasión de la aprobación de las RPTs de la agencia, en la medida que atribuya a empleados laborales el ejercicio de las funciones reservadas a funcionarios. La cuestión ha sido resuelta en la práctica por la Junta de Andalucía dotando a la agencia de plazas de funcionarios públicos que asumen las funciones reservadas.

> "Ahora bien, no basta con que los actos finales sean dictados y firmados por el Presidente de la Agencia, que en este caso correspondería al Viceconsejero u órganos directivos que tienen expresamente atribuida la potestad administrativa, pues esa toma de decisión debe ir precedida de la instrucción de un procedimiento que incumbe exclusivamente a los funcionarios. Así lo hemos afirmado en numerosas sentencias respecto a encomiendas de gestión anuladas por esta Sala y confirmadas por el Tribunal Supremo," que no se pueden llevar a cabo por personal laboral, actuaciones o funciones de dación de fe pública y gestión de registros administrativos, asesoramiento legal preceptivo, control y fiscalización interna de la gestión económica financiera y presupuestaria, de evaluación, control, autorizatorias, de vigilancia e inspección, propuestas de resolución., etc., de naturaleza indudablemente administrativa.
>
> (…) en todo caso deberán respetarse las previsiones de Decreto y de la Ley respecto a la reserva funcionarial de todas aquellas funciones que impliquen directa o indirectamente el ejercicio de potestades públicas enumeradas en el propio Decreto artículo 2 (ejercicio de la actividad subvencionadora que comprende inspección, comprobación de la realización de la actividad y del cumplimiento de la finalidad para la que se hubiese concedido la subvención, así como el reintegro de las mismas, revisión de actos y acuerdos, fe pública y certificación de actos y acuerdos, interpretación, modificación y resolución de contratos...)".

Como se ve, en este pronunciamiento se afirma que la instrucción de los procedimientos administrativos supone el ejercicio de una potestad administrativa. Ahora bien, conviene puntualizar que, en el elenco de funciones reservadas a funcionarios públicos, no se incluye la instrucción de expedientes de otorgamiento de subvenciones, sino exclusivamente, la "inspección, comprobación de la realización de la actividad y del cumplimiento de la finalidad para la que se hubiese concedido la subvención, así como el reintegro de las mismas". Parece, por tanto, que en cuanto al radio de potestades administrativas que deben reservarse a funcionarios, con arreglo a esta sentencia, en materia de subvenciones sólo estaría incluida la resolución de otorgamiento; en tanto que, en los procedimientos de inspección y control, de gravamen o desfavorables (los que acaban de señalarse), estaremos en presencia de prerrogativas del poder público que sólo pueden ejercerse por funcionarios, incluso en lo relativo a la instrucción de tales procedimientos.

Abundando en la evolución jurisprudencial que se percibe en este punto, la STS 525/2019, de 22 de abril, confirma la dictada por el TSJA, que anula la encomienda de gestión realizada por la Consejería de Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía al Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico (agencia pública empresarial que carece de funcionarios), debido a que implica la participación en el ejercicio

de autoridad y, por tanto, se encontrarían reservadas a funcionarios. El Tribunal Supremo afirma que "la adopción de todo acto o resolución de carácter jurídico que sirva de soporte a la actividad material encomendada, o en el que se integre ésta, por requerirlo, debe quedar fuera de las posibilidades de decisión del órgano o Entidad a cuyo favor se hace la encomienda. (…) la adopción de todo acto o resolución de carácter jurídico que sirva de soporte a la actividad material encomendada, o en el que se integre ésta, por requerirlo, debe quedar fuera de las posibilidades de decisión del órgano o Entidad a cuyo favor se hace la encomienda". En el caso en examen, las tareas que se encomendaban eran funciones que implican, en relación con proyectos de protección, el desempeño o ejercicio de funciones de investigación, adecuación de planimetrías exactas, descripciones técnicas especializadas que sirvan para la catalogación de bienes patrimoniales, el diagnóstico sobre el estado de conservación de bienes patrimoniales con propuestas, en su caso, de intervención y tratamientos de conservación, el seguimiento y control de los bienes desde una plataforma tecnológica, y la participación en la protección del patrimonio mediante la elaboración de contenidos de resoluciones o mediante la elaboración de documentaciones técnicas.

En la misma línea, la posterior STS 1160/2020, de 14 de septiembre, relativa a la externalización a una empresa pública mercantil (TRAGSATEC) de relevantes funciones en la tramitación de procedimientos administrativos sancionadores por parte de la Confederación Hidrográfica del Guadiana, sostiene que la actividad de la mercantil

> "no se trata de una intervención, de un «auxilio y asistencia técnica» puntual y en función de determinadas actuaciones que requieran esa intervención por sus peculiaridades, sino que, muy al contrario, lo que se suscita en el caso de autos es que, con carácter de permanencia y generalidad, en todos los procedimientos sancionadores que tramite el Organismo de Cuenca, la dirección de dichos procedimientos venga encomendada a la mencionada Empresa Pública en un a modo de profesionalización de la misma en dichas tramitaciones; bien que reservando a los órganos competentes de la Confederación dictar las resoluciones, pero aun así, sobre la base de propuestas formuladas por dicha empresa. (…) es lo cierto que esa intervención de los órganos competentes se hace sobre la base de propuestas, informes y dosieres que le son remitidos por el personal de la empresa pública que son los que tienen contacto directo, sino exclusivo, sobre las actuaciones, llegándose a la absurda conclusión de que para que el órgano competente que deba adoptar la decisión, o bien se acepta la propuesta o ha de revisar todo el expediente con el fin de determinar si es idónea y, sobre todo, legal dicha propuesta".

Por estas razones el Tribunal concluye afirmando que se trata de "una privatización encubierta de un servicio que ha sido reservado al sector público como una de las conquistas primarias del Derecho Administrativo propio del Estado de Derecho", anulando la sanción que fue objeto de recurso. Una serie de párrafos de la sentencia abundan en la idea de que *la instrucción de un procedimiento administrativo constituye el ejercicio de una potestad administrativa y, por consiguiente, se encuentra reservada a funcionarios públicos*. Así se desprende de las siguientes afirmaciones de la sentencia (todas ellas, en el f.j. 2.º):

> "siendo necesario que las decisiones que se adopten en el desarrollo de esa actividad [administrativa] exigen la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo (artículo 105.c) que está sometido a las normas propias que regulan dicha institución, de tal forma que éste se erige como elemento esencial para la adopción de las decisiones públicas de los órganos que integran ese conglomerado orgánico de carácter público, hasta tal punto que, como veremos, las deficiencias de dicho procedimiento puede afectar a la validez de las decisiones".

> "la actividad administrativa ha de realizarse mediante el procedimiento establecido y este ha de tramitarse por las unidades administrativas del órgano que tenga asignada la competencia, pero como quiera que, por su propia naturaleza, requieren la integración de personas físicas que desarrollen esa actividad, esa exigencia personal se vincula a los funcionarios públicos".

> "hemos de concluir que, en la medida que los procedimientos administrativos son los medios a través de los cuales las Administraciones Públicas desarrollan su actividad pública y ejercen sus potestades, y estas han de realizarse preceptivamente por funcionarios públicos, cabe concluir que los procedimientos administrativos han de tramitarse por funcionarios público, lo cual constituye la regla básica en materia de tramitación de procedimientos administrativos".

Ahora bien, la concreta doctrina de interés casacional objetivo que establece el Tribunal Supremo al respecto es la siguiente (la cursiva es mía):

> "como regla general, la tramitación de los *procedimientos sancionadores* incoados por las Administraciones Públicas han de ser tramitados por el personal al servicio de tales administraciones sin que sea admisible que, con carácter general, de permanencia y de manera continua, pueda encomendarse funciones de auxilio material o de asistencia técnica a Entidades Públicas Empresariales, sin perjuicio de poder recurrir ocasionalmente y cuando la Administración careciera de los medios para ello, al auxilio de Entidades Públicas Empresa-

riales, como medios propios de la Administración, a prestar dicho auxilio o asistencia".

Con todo lo confuso que esto resulta, parece abrirse paso cada vez con más contundencia en la doctrina del Tribunal Supremo la idea de que *la instrucción de cualquier procedimiento administrativo constituye el ejercicio de una potestad administrativa*, y, por consiguiente, que se encuentra reservada a funcionarios públicos. No obstante, cabe también pensar, a la vista de la doctrina finalmente calificada como de interés casacional objetivo, que esa reserva de potestad se circunscribe a los procedimientos sancionadores, y por extensión, a los que supongan *ejercicio de autoridad en sentido estricto*, tal y como hemos comentado que constituye la interpretación auténtica del art. 9.2 TREBEP. Posición esta última que consideramos más acorde con una interpretación sistemática e integradora del Ordenamiento, a la que se adhiere el Tribunal Constitucional en su sentencia 106/2019, de 19 de septiembre, y que también ha asumido el Tribunal Supremo en otros pronunciamientos recientes, como en la sentencia 294/2020, de 2 de marzo, ambas anteriormente citadas.

El último jalón de este periplo jurisprudencial viene representado por la reciente STS 469/2023, de 12 de abril. En este caso se analiza la conformidad a Derecho de una encomeinda de gestión realizada por el Ministerio de Fomento a su sociedad mercantil instrumental INECO. La controversia (el interés casacional objetivo) "se centra, tal y como se afirmó en el Auto de admisión, en aclarar si la jurisprudencia sentada en las SSTS n.º 1160/2020, de 14 de septiembre (rec. 5442/2019) y n.º 1265/2020, de 7 de octubre (rec. 5429/2019) resulta de aplicación en el ámbito de procedimientos administrativos no sancionadores en cuya tramitación intervienen personas o entidades externas a la Administración; en particular y en este caso, el encargo para la tramitación del Ministerio de Fomento a una sociedad mercantil de carácter estatal (INECO)". Para abordar la cuestión el Tribunal resalta dos diferencias sustanciales entre aquellos asuntos y el que le corresponde analizar ahora: la primera, que entonces se trataba de procedimientos sancionadores, mientras que en este caso lo que se tramitan son solicitudes masivas de indemnización planteadas al amparo de una norma singular (el RDL 13/2018); la segunda, que en los casos de contraste el encargo era "con carácter de permanencia y generalidad, en todos los procedimientos sancionadores que tramite el Organismo de Cuenca, y en el asunto ahora enjuiciado "los encargos realizados por el Ministerio de Fomento a INECO no respondían a una colaboración habitual y continua sino al intento de dar una solución puntual a una situación extraordinaria, (…) que no se materializó en una colaboración permanente y estable respecto de la tramitación de todos los procedimientos administrativos encomendados a esta Dirección General". Apoyándose en tales diferencias, se establece la siguiente doctrina casacional (f.j. 4º):

> "En respuesta a la cuestión de interés casacional planteada procede señalar que, en determinadas circunstancias extraordinarias y cuando una Administración que no posea los medios materiales o técnicos idóneos para el desempeño de las competencias que le han sido encomendadas, puede acudir por razones de eficacia a la colaboración con otras entidades, en concreto a una sociedad mercantil estatal que tiene la consideración de medio propio de la Administración.
>
> Esta colaboración puede estar referida no solo a trabajos técnicos o materiales concretos y específicos sino también puede solicitar su auxilio en la gestión y en la tramitación de procedimientos que tiene encomendados reservándose el órgano administrativo el control y la decisión que ponga fin procedimiento".

Además de las razones apuntadas, conviene resaltar el siguiente pasaje de la sentencia (f.j. 3º), a pesar de su extensión, pues es muy elocuente del alcance de la reserva a funcionarios públicos que el Tribunal Supremo considera incluida en el art.9.2 TREBEP (la cursiva es nuestra):

> "La nulidad de lo actuado tampoco puede fundarse en la no intervención de funcionarios públicos de carrera, aduciendo que solo a estos les corresponde el ejercicio de funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas (art. 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público). Esta previsión *no puede llevarnos a la conclusión de que toda intervención en un procedimiento administrativo, incluso ejerciendo tareas colaboración con una Administración pública, está reservada exclusivamente a los funcionarios de carrera, impidiendo la participación de otro personal, incluidos el personal laboral o los funcionarios interinos, pues ello desborda al sentido y alcance de esta previsión* y dejaría vacante de contenido las formas de gestión indirecta y de colaboración con las Administraciones publicas antes descritas, que necesariamente conllevan la intervención de personal no funcionarial en la tramitación de los expedientes de los que conocen.
>
> Pero es que además la Dirección General del Ministerio de Fomento se reservó el control de las labores de tramitación encomendadas a INECO y lo que es más relevante la firma de las resoluciones administrativas que resolvían las solicitudes presentadas. De modo que, *si bien es cierto que la tramitación y la redacción de las propuestas de resolución se llevó a cabo por personal de la sociedad estatal, la decisión última de estos expedientes correspondió a las autoridades y funcionarios responsables de la Dirección General que ejercieron, por tanto, la potestad publica que la ley le encomendó*".

Las afirmaciones categóricas de este pasaje contrastan con los sutiles matices de la doctrina finalmente establecida en interés casacional objetivo. Ello nos impide rematar este apartado de manera concluyente. Pero sí permite vislumbrar que el Tribunal Supremo diferencia claramente entre clases distintas de potestades, así como que la arquitectura contemporánea del sector público "necesariamente conlleva la intervención de personal no funcionarial en la tramitación de los expedientes"; y retoma aquí la doctrina expuesta en su sentencia STS 24/11/2009, rec. 4035/2005 (INECO), en el sentido de que "la decisión última de estos expedientes correspondió a las autoridades y funcionarios responsables de la Dirección General que ejercieron, por tanto, la potestad publica que la ley le encomendó". Todo ello es revelador en orden a interpretar el art. 9.2 TREBEP y la manera en que pude desarrollarse por las Administraciones públicas en el marco de su potestad de autoorganización.

4. Breve mención a la legislación autonómica comparada

Debido a la ambigüedad de la fórmula establecida en la legislación básica estatal, y haciendo uso de sus competencias de desarrollo normativo en la materia, algunas CCAA han procurado precisar el ámbito de las funciones reservadas a funcionarios públicos, en lo que debe entenderse una interpretación de las atribuciones que suponen el ejercicio prerrogativas, actos de autoridad o gravamen. Exponemos a continuación algunos ejemplos representativos.

El art.14.2 de la Ley 13/2015, de 8 de abril, de función pública de Extremadura, dispone:

> "2. Son funciones que implican la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales las siguientes:
>
> a) La instrucción o la elaboración de propuestas de resolución en procedimientos administrativos.
>
> b) El ejercicio de funciones de autoridad, las actividades de inspección, vigilancia, control del cumplimiento de normas o resoluciones administrativas y sanción, el otorgamiento de licencias y la emanación de órdenes de policía.
>
> c) El control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria.
>
> d) La contabilidad.

e) Las de tesorería.

f) La fe pública.

g) La recaudación.

h) La inscripción, anotación, cancelación y demás actos de administración de registros públicos.

i) El asesoramiento legal preceptivo, así como la representación y defensa en juicio de la Administración.

j) Aquellas expresamente establecidas como tales en las leyes".

Por su parte, el art. 6.2 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del empleo público de Castilla-La Mancha, establece lo siguiente:

"2. Son funciones que implican la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales las siguientes:

a) La instrucción o la elaboración de propuestas de resolución en procedimientos administrativos.

b) La inspección, vigilancia o control del cumplimiento de normas o resoluciones administrativas.

c) La emanación de órdenes de policía.

d) El control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria.

e) La contabilidad.

f) Las de tesorería.

g) La fe pública.

h) La recaudación.

i) La inscripción, anotación, cancelación y demás actos de administración de registros públicos.

j) El asesoramiento legal preceptivo".

A estos preceptos se les puede añadir el reciente art. 44.2 de la Ley 11/2022, de 1 de diciembre, de empleo público vasco, que es más prolijo[21]; el art. 22.2[22] de la Ley 2/2015, de 29 de abril, de empleo público de Galicia; y el art. 14.3 de la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de las Islas Baleares[23].

Ninguna de las leyes ya aprobadas ha sido objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional, y vienen siendo objeto de aplicación en sus ámbitos respectivos.

Estas disposiciones, hasta cierto punto, mezclan dos cuestiones diferentes: por un lado, delimitan el concepto de las actuaciones que, a juicio del legislador autonómico, constituyen el ejercicio de prerrogativas exorbitantes, o son actos de autoridad o gravamen; pero por otro, reflejan la reserva de funciones a determinados cuerpos

[21] Y dispone: "2. Especialmente, con carácter general, en las administraciones públicas vascas quedarán reservadas a personal funcionario aquellas funciones cuyo ejercicio implique la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o la salvaguardia de los intereses generales de cada administración pública. Entre dichas funciones se encuentran las siguientes: a) La instrucción o la elaboración de propuestas de resolución de expedientes administrativos; b) La inspección, vigilancia o control del cumplimiento de normas o resoluciones administrativas; c) Las órdenes de policía; d) El control y fiscalización de la gestión económico-financiera y presupuestaria; e) La contabilidad; f) La tesorería; g) La fe pública; h) La recaudación ejecutiva; i) La inscripción, anotación, cancelación y demás actos de administración de registros cuya titularidad corresponda a las administraciones públicas vascas; j) La elaboración de normas jurídicas; k) La imposición de sanciones; l) El ejercicio de la potestad arbitral y de mediación; m) La formación de los precios de contratación; n) Funciones de autorización; ñ) Concesión de ayudas y subvenciones; o) Actuaciones relacionadas con el área de transparencia y buen gobierno; p) La gestión de emergencias y protección civil".

[22] Este precepto dispone: "2. En virtud de lo previsto en el apartado anterior, las relaciones de puestos de trabajo reservarán necesariamente al personal funcionario: a) Los puestos que tengan atribuidas funciones que impliquen el ejercicio de autoridad, fe pública o asesoramiento legal. En particular, se entiende que implican ejercicio de autoridad las funciones de policía administrativa, salvo las excepciones que puedan establecerse por norma con rango de ley; b) Los puestos que tengan atribuidas funciones que impliquen la realización de tareas de inspección, fiscalización o control. En particular, quedan reservados al personal funcionario aquellos puestos con funciones que impliquen la realización de tareas de fiscalización interna y control de la gestión económico-financiera y presupuestaria; c) Los puestos que tengan atribuidas funciones que impliquen la realización de tareas de contabilidad y tesorería; d) Los puestos que tengan atribuidas funciones que impliquen la realización de tareas en materia de exacción de tributos; e) Los puestos que tengan atribuidas competencias para dictar actos de incoación, instrucción o resolución de los procedimientos administrativos; f) Los puestos que tengan atribuidas funciones de inscripción, anotación y cancelación de datos en los registros administrativos.

[23] Que establece lo siguiente: "Quedan reservados al personal funcionario de carrera los puestos de trabajo y las funciones cuyo cumplimiento implica ejercicio de autoridad, fe pública o asesoramiento legal, control y fiscalización interna de la gestión económico- financiera y presupuestaria, los de contabilidad y tesorería, los de carácter técnico y administrativo, los que comportan jefatura orgánica y, en general, los que se reservan a este personal para una mayor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función, así como los que implican una participación directa o indirecta en el ejercicio de la potestad pública y en la salvaguarda de los intereses generales de la comunidad autónoma".

y escalas de funcionarios públicos que han sido previamente definidas en otras disposiciones autonómicas, como es el caso de las labores de contabilidad, tesorería o asesoramiento legal preceptivo, y que encajan mejor en una reserva de funciones para salvaguarda de intereses generales[24], que no son objeto de nuestro interés. A mi juicio, la reserva de esos puestos a funcionarios no debe influir en el concepto de funciones reservadas a funcionarios públicos por suponer el ejercicio directo o indirecto de potestades administrativas, y menos de aún, considerarse actos de autoridad o expresivos de prerrogativas exorbitantes.

5. El Proyecto de Ley de Función Pública de la Administración del Estado de 16 marzo de 2023

El Consejo de Ministros aprobó el 16 de marzo de 2023 un Proyecto de Ley de Función Pública de la Administración del Estado[25] en el que la peliaguda cuestión en examen se ha decantado claramente por la interpretación restrictiva del concepto de potestad administrativa, y cuya redacción recuerda abiertamente −hay que adelantarlo− a la que ostenta su precepto homólogo en la Ley andaluza. Interesa resaltar que esta acotación del concepto tiene lugar sin modificar ni desplazar el art. 9.2 TREBEP, y por consiguiente, que avala la posibilidad de que el resto de Administraciones públicas aborden una regulación similar.

De este modo, el art. 5.2 del Proyecto de Ley delimita del siguiente modo las funciones reservadas a los funcionarios públicos:

> "2. Con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración del Estado serán desempeñados por personal funcionario al que corresponde, en todo caso, el ejercicio de las funciones que conlleven la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales de la Administración del Estado.
>
> Son funciones que implican participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales aquellas que materializan el ejercicio de autoridad en cuanto suponen la emanación de actuaciones administrativas obligatorias para sus destinatarios, con posibilidad de exigir su acatamiento en caso de incumplimiento.

A los efectos previstos en el párrafo anterior se incluirán, en todo caso, las siguientes funciones, cualquiera que sea el procedimiento o ámbito en el que se desarrollen:

[24] Así lo estima Cantero, 2013: 89.

[25] Boletín Oficial de las Cortes Generales n.º 149-1, XIV Legislatura, Serie A, de 24 de marzo de 2023, pp. 1 ss.

a) La instrucción en todas sus fases o la elaboración de propuestas de resolución en procedimientos administrativos.

b) Las que correspondan al ejercicio de la autoridad, entre ellas, las funciones de regulación, inspección, vigilancia, control del cumplimiento de normas o resoluciones administrativas y sanción, el otorgamiento de licencias y la emisión de órdenes de policía.

c) La recaudación de los ingresos públicos, su contabilidad, la gestión de los gastos y ordenación de pagos, así como el ejercicio del control interno y la fiscalización externa de la gestión económico-financiera y presupuestaria pública.

d) La inscripción, anotación, cancelación y demás actos de Administración de registros públicos, así como la fe pública.

e) La asistencia jurídica, consistente en el asesoramiento y la representación y defensa en juicio de la Administración General del Estado y sus organismos autónomos.

f) Cualesquiera otras funciones que la normativa así lo establezca".

Y por su parte, el art. 7.2, circunscrito en su ámbito de aplicación a la propia Administración del Estado, establece lo siguiente en relación con el personal laboral:

"2. En la Administración del Estado podrán desempeñarse por personal laboral los siguientes puestos de trabajo:

a) Aquellos que se correspondan con una profesión regulada, los que requieran conocimientos técnicos especializados, los propios de oficios, así como los de vigilancia, mantenimiento y otros análogos, que no estén incluidos en el ámbito funcional de ningún cuerpo o escala de personal funcionario de carrera al servicio de la Administración del Estado ni se incluyan entre las funciones a las que se refiere el artículo 5.2.

b) Los puestos adscritos a la Administración del Estado en el exterior, cuando se correspondan con funciones de coordinación, ejecución y seguimiento de programas y actuaciones específicas o funciones de apoyo administrativo.

c) Los puestos de carácter instrumental para el funcionamiento de la Administración del Estado que no tengan efectos jurídicos en relación con la ciudadanía o con otras Administraciones.

> d) Los puestos de prevención de riesgos laborales, seguridad e higiene y vigilancia de la salud, sin perjuicio de que puedan ser desempeñados igualmente por personal funcionario".

Coincido a grandes rasgos con la ordenación que establecen estos preceptos, y desde luego, ayudan a arrojar alguna luz sobre la cuestión en examen. En particular, con la opción normativa de restringir expresamente en el art. 5.2 el alcance del concepto de potestad pública en este ámbito a "aquellas que materializan el ejercicio de autoridad en cuanto suponen la emanación de actuaciones administrativas obligatorias para sus destinatarios, con posibilidad de exigir su acatamiento en caso de incumplimiento". Ahora bien, lo que no me parece correcto es que el precepto afirme que "Son funciones públicas que implican participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas (…)", sin apostilla o concreción. Como sabemos, la jurisprudencia considera que existen potestades que no conllevan ejercicio de autoridad. Por consiguiente, en lugar del rodeo léxico que orquesta el precepto, habría preferido una proposición más directa; por ejemplo:

> "Con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración del Estado serán desempeñados por personal funcionario, al que corresponden las funciones que implican participación directa o indirecta en la salvaguardia de los intereses generales y las potestades públicas que materializan el ejercicio de autoridad en cuanto suponen la emanación de actuaciones administrativas obligatorias para sus destinatarios, con posibilidad de exigir su acatamiento en caso de incumplimiento".

Por otra parte, hemos de entender que el desglose de supuestos que aparece en el precepto no es exhaustivo −se omiten algunas potestades que suponen ejercicio de autoridad, como la expropiatoria−, pero su consignación es a título ilustrativo y no excluyente.

De otro lado, es desafortunado que el art. 5.2 regule las *funciones* reservadas a los funcionarios en tanto que el art. 7.2 aluda a los *puestos* del personal laboral. En mi opinión, debería haberse unificado la terminología en ambos preceptos, refiriéndose en todo caso a las funciones, mejor que a los puestos.

Un aspecto que sí debería haberse tratado con más detalle, a mi juicio, es la delimitación entre ejercicio de potestades administrativas propiamente dichas y tareas auxiliares, materiales o técnicas, de soporte o apoyo a dicho ejercicio. El art. 7.2 c) establece a este respecto que pueden desempeñarse por el personal laboral: "Los puestos de carácter instrumental para el funcionamiento de la Administración del Estado que no tengan efectos jurídicos en relación con la ciudadanía o con otras Administraciones". Además de evidenciar nuevamente lo inapropiado de utilizar aquí

el término puesto, seguramente habría convenido un poco más de pedagogía en la descripción de lo que se consideran funciones o tareas de carácter instrumental, para deslindar de mejor manera este ámbito de labores de las funciones que se reservan a los funcionarios.

III. FUNCIONES QUE PUEDEN DESEMPEÑAR LOS EMPLEADOS LABORALES

El hecho de que se reserven a funcionarios públicos las potestades anteriormente mencionadas, no impide que su actividad se encuentre asistida por empleados laborales, o por servicios externalizados, que realicen labores auxiliares y de carácter técnico o especializado, posición que es prácticamente unánime en la doctrina[26]. Esta cuestión se analiza con detalle en el Capítulo V, aquí sólo se esboza un mero apunte, en aras a la claridad del discurso.

El problema es que la legislación básica estatal no regula este punto. Ahora bien, existe una normativa propia del Estado que sí detalla la cuestión: el art. 15 c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública[27]. El precepto combina en esta relación dos operaciones radicalmente distintas: aunque parezca que hace referencia exclusivamente a los puestos de trabajo que, digamos, en su entera dimensión profesional, no se consideran implicados en el ejercicio directo o indirecto de potestades administrativas (como los puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los de vigilancia, porteo y otros análogos, por ofrecer un ejemplo), además hace entrever que, incluso cuando se ejerzan potestades adminis-

[26] Así, Sánchez Morón, 2017: 70; Parada y Fuentetaja, 2017: 168; Jordano, 2015: 18 ss.; Cantero, 2013: 93; y Quesada, 2011: 162.

En la opinión contraria, RECUERDA GIRELA, M.A. y FERNÁNDEZ DELPUECH, L.: "Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario", *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 83, 2012, p.83.

[27] Que dispone: "c) Con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración del Estado y de sus Organismos Autónomos así como los de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, serán desempeñados por funcionarios públicos. Se exceptúan de la regla anterior y podrán desempeñarse por personal laboral: - los puestos de naturaleza no permanente y aquellos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo; - los puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los de vigilancia, custodia, porteo y otros análogos; - los puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social, así como los puestos de las áreas de expresión artística y los vinculados directamente a su desarrollo, servicios sociales y protección de menores; - los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño; - los puestos de trabajo en el extranjero con funciones administrativas de trámite y colaboración y auxiliares que comporten manejo de máquinas, archivo y similares; los puestos con funciones auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo".

trativas, quienes tengan asignada esa función se pueden encontrar asistidos por otras personas que realicen labores auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo, o por actividades que requieran conocimientos técnicos especializados para los que no existan funcionarios públicos cualificados.

Algunas CCAA también han establecido determinaciones al respecto. Por ejemplo, el art. 6.2 párr.2º de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del empleo público de Castilla-La Mancha, establece lo siguiente: "A los efectos de lo previsto en el presente apartado y salvo supuestos excepcionales, se considerará que las funciones instrumentales, auxiliares o de apoyo no participan en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales"; y más detalladamente, el art. 11.3 de la misma Ley pormenoriza los puestos y funciones en cuestión[28]. En análogo sentido, el art.17.4 de la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de función pública de las Islas Baleares[29]; el art. 18.6 de la Ley 13/2015, de 8 de abril, de la función pública de Extremadura[30]; el art. 26.3 de la Ley 2/2015, de 29 de abril, de empleo público

[28] Del siguiente modo: "3. Siempre que no impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales, en la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y en sus entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes que se rijan íntegramente por el Derecho administrativo, el personal laboral únicamente puede desempeñar los siguientes empleos: a) Los empleos de naturaleza no permanente y aquellos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo; b) Los empleos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los que conlleven tareas de vigilancia, recepción, información, custodia, porteo, reproducción de documentos, conducción de vehículos y otros análogos; c) Los empleos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos, instalaciones o vías públicas; d) Los empleos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan cuerpos de personal funcionario cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño; e) Los empleos que se reserven de forma exclusiva a las personas que accedan por el sistema específico de acceso de personas con discapacidad"

[29] Su texto es el siguiente: "El personal laboral únicamente puede llevar a cabo las funciones atribuidas a los siguientes puestos: a) Los puestos cuyas actividades sean propias de una profesión determinada, que impliquen tareas de vigilancia, custodia, transporte u otras análogas, o que correspondan a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos, siempre y cuando estas funciones no sean las propias de cuerpos, escalas o especialidades de personal funcionario; b) Los puestos correspondientes a las áreas de mantenimiento y de conservación de edificios, de equipos y de instalaciones; c) Los puestos que la relación de puestos de trabajo reserva a personas con discapacidad intelectual moderada, ligera o límite y a las personas con sordera prelocutiva profunda, severa o media".

[30] Su texto es el siguiente: "6. Siempre que no impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales, en la Administración de la Junta de Extremadura y en sus Organismos y Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes que se rijan íntegramente por el Derecho administrativo, el personal laboral podrá desempeñar los siguientes empleos: a) Los empleos de naturaleza no permanente y aquellos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo; b) Los empleos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los que conlleven tareas de vigilancia, recepción, información, custodia, porteo, reproducción de documentos, conducción de vehículos y otros análogos; c) Los empleos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equi-

de Galicia[31]; y el art. 44.3 de la Ley 11/2022, de 1 de diciembre, de empleo público vasco[32].

El resultado de esta ecuación es que un empleado laboral, o un sujeto de Derecho privado (sea en mano pública o de libre mercado), pueden participar del ejercicio de la potestad sancionadora en materia de tráfico tomando fotografías de vehículos mal aparcados que luego son revisadas por un funcionario público para acordar la incoación del expediente sancionador. La jurisprudencia ha avalado este tipo de operaciones, como se desprende especialmente de la STS 24/11/2009, rec. 4035/2005, *supra* citada *in extenso*. Lo corroboran también la la STS 469/2023, de 12 de abril, y la de 06/10/2011, rec. 239/2009: en esta última se acudió a la contratación de servicios externos para la integración de equipos multidisciplinares de atención a menores; la sentencia, anulando la de instancia, rechaza que ello suponga vulnerar la reserva de funciones públicas, en los siguientes términos:

pos, instalaciones o vías públicas; d) Los empleos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan cuerpos de personal funcionario cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño; e) Los empleos correspondientes a áreas de actividad de servicios sociales o asistenciales".

[31] Que dispone: "Pueden ser desempeñados por personal laboral: a) Los puestos de naturaleza no permanente y aquellos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo; b) Los puestos cuyas actividades sean propias de oficios; c) Los puestos correspondientes a áreas de actividad que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan cuerpos o escalas de personal funcionario en los cuales las personas integrantes tengan la preparación específica necesaria para su desempeño; d) Los puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipamientos e instalaciones, y artes gráficas, así como los puestos de las áreas de expresión artística".

[32] Que dispone: "3. Las relaciones de puestos de trabajo podrán prever que determinados puestos de trabajo sean desempeñados por personal laboral, siempre que se circunscriban a los siguientes ámbitos: a) Los puestos de trabajo que satisfagan necesidades de carácter periódico y discontinuo; b) Los empleos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas y encuestas, cuyas funciones sustanciales tengan por objeto mantener la infraestructura material necesaria para el funcionamiento de los servicios o facilitar datos objetivos encaminados a posibilitar los estudios necesarios para la toma de decisiones; c) Los empleos de carácter singularizado y cuyo desempeño no requiera una formación académica determinada, que no sean atribuibles a cuerpos o escalas ya existentes ni, por la propia naturaleza de su contenido, hagan aconsejable la creación de otros nuevos; d) Empleos propios de tareas o que únicamente conlleven tareas de vigilancia, recepción, información, custodia y transporte de documentos, reproducción de documentos o tareas de apoyo a las antes citadas; e) Docentes y personal auxiliar y especialista de centros educativos que no pertenezcan al sistema de educación reglada o universitaria y de centros de reeducación de menores; f) Los empleos reservados, según las relaciones de puestos de trabajo, a las personas con discapacidad que, en razón de su tipo o grado, les impidan demostrar sus competencias o habilidades mediante el sistema general de acceso para personas con discapacidad; g) Los empleos vinculados únicamente con funciones de protocolo y organización de eventos o congresos; h) Personal docente de Religión de la enseñanza reglada primaria y secundaria; i) Los puestos en el extranjero con funciones auxiliares; j) Los empleos que, en atención a su naturaleza o a las características del servicio que presten los órganos o unidades a las que figuren adscritos, se determinen mediante ley del Parlamento Vasco".

> "las Administraciones Públicas acuden a variadas técnicas contractuales, mediante la pertinente colaboración, para la gestión externa de funciones objetivamente administrativas (algunas de carácter confidencial y reservado), (…) Sobre este punto debe tenerse en cuenta que el asesoramiento técnico prestado por los citados equipos en nada puede afectar ni al ejercicio de la función jurisdiccional atribuida a los Juzgados de Menores, ni al desarrollo de las funciones encomendadas a las Fiscalías de Menores, ni, en definitiva, al ámbito material de competencias asumidas sobre este particular por la correspondiente Administración autonómica".

Y resulta muy ilustrativo del orden de cosas subyacente la diferencia de criterio entre el Tribunal Superior de Justicia de Valencia y el Tribunal Supremo en relación con las funciones encomendadas a la empresa pública VAERSA. En esta cuestión, la STSJ Valencia 382/2014, de 6 de junio, no rechaza que se puedan encomendar a la empresa pública las funciones técnicas y auxiliares necesarias para tramitar el procedimiento, si bien pone de manifiesto es que, en este caso, realmente, se estaba tramitando por la empresa pública *el procedimiento administrativo en su integridad*, y considera que esa función (la instrucción material del procedimiento) sí constituye el ejercicio de una potestad administrativa, que queda reservada a funcionarios públicos y no puede ser transferida a la empresa pública[33]. Por el contrario, la STS 04/11/2015,

[33] Es el caso de la STSJ Valencia 382/2014, de 6 de junio, en la que se analiza la encomienda de gestión a una empresa autonómica (VAERSA) la "Realización de estudios de impacto ambiental, ejecución de los mismos y vigilancia de las medidas correctoras o del condicionado ambiental en el ámbito de la Comunidad Valenciana correspondiente al bienio 2008-2009". En su f.j.3º, la sentencia comienza diciendo que, en principio, VAERSA puede asumir tales funciones; pero entra a analizar el modo en el que lo hace, para concluir que, en realidad, todo el expediente administrativo es tramitado por la empresa pública: Estas circunstancias llevan a la Sala a concluir su razonamiento de la siguiente manera (f.j.5º): "Así las cosas, es cierto que como sostiene el Sindicato actor, la actividad administrativa de evaluación del impacto ambiental de cualquier actuación o proyecto, supone el ejercicio de una potestad administrativa, que corresponde ejercitarla a la Conselleria de Medio Ambiente a través de sus funcionarios. Y aunque ello no excluye la intervención de una empresa pública que tiene el carácter de ente público instrumental y servicio técnico de la Administración, conforme se lo atribuye el art. 102, párrafo segundo, de la Ley autonómica 12/2004, entre cuyos cometidos aparece: "6. La realización de estudios de impacto ambiental, ejecución de los mismos y vigilancia de las medidas correctoras o del condicionado ambiental", pues siendo la Declaración de Impacto Ambiental un acto de trámite cualificado, cuyo contenido es básicamente técnico, la Administración, ante la falta de suficientes recursos propios, puede acudir a VAERSA, como servicio técnico de la Conselleria para colaborar en aquellos aspectos que no supongan el ejercicio de potestades administrativas, sin embargo, tal intervención tiene un límite que no puede traspasar: el ejercicio de potestades administrativas; y así se advierte expresamente en su normativa de creación. (…) en muchos de tales Informes se recoge asimismo, en un apartado específico, la tramitación administrativa en la que se insertan (v.gr: expedientes 4/2008, 5/2008, 194/2008, 294/2008,....), en la que consta la formulación de consultas a otros órganos administrativos, la petición de informes y su valoración, la solicitud de documentación y de expedientes administrativos, el sometimiento a información pública y la valoración de alegaciones; e incluso en algún expediente (caso del núm. 296/2008), el Informe de VAERSA de 29/junio/08 constituye una auténtica resolución administrativa, compuesta por Resultandos, Considerandos y Parte dispositiva (…). Realmente,

rec. 2782/2014, estima el recurso de casación interpuesto por la Generalidad Valenciana y la propia empresa, observando que, a pesar de que los expedientes los tramite VAERSA, finalmente son funcionarios públicos de la Generalidad quienes los asumen y firman, por lo que corresponde a éstos su autoría y responsabilidad, de manera que no concurre ilegalidad alguna[34]. En definitiva, *el Tribunal Supremo reconoce que toda la instrucción de un procedimiento administrativo puede, de hecho, externalizarse, siempre que finalmente haya un funcionario público que dicte la resolución definitiva del procedimiento, asumiendo la autoría y responsabilidad de todo lo actuado.*

Ahora bien, esta posición parece haberse desplazado en otros pronunciamientos posteriores ya comentados más arriba (§ 3 *in fine* de este Capítulo): las STS 525/2019, de 22 de abril; y 1160/2020, de 14 de septiembre. Especialmente en esta última, como expusimos en ese lugar, el Tribunal Supremo parece proclamar una suerte de *reserva de procedimiento administrativo en el ejercicio de potestades administrativas*, de tal manera que la participación en la tramitación de cualquier procedimiento dictando actos de instrucción supondría el ejercicio de potestades administrativas y quedaría reservada a funcionarios públicos. Consideramos, no obstante, que la interpretación más acorde a nuestro Ordenamiento jurídico es la integradora y sistemática que acoge el Tribunal Constitucional en su sentencia 106/2019, de 19 de septiembre, y que también ha asumido el Tribunal Supremo en otros pronunciamientos recientes, como en la sentencia 294/2020, de 2 de marzo (ambas anteriormente citadas). En su virtud, tales actos de instrucción quedarían reservados a funcionarios públicos cuando se trate de potestades que supongan ejercicio de autoridad, en el sentido asimismo anteriormente expuesto: cuando se trate de actos desfavorables o de gravamen, o cuyo cumplimiento pueda imponerse a los ciudadanos en el caso de que no se avengan voluntariamente a su ejecución.

---

la prueba pone de manifiesto que la instrucción del procedimiento, en cuanto conlleva la labor de valorar la información disponible sobre el proyecto en cuestión y decidir -auténtica potestad administrativa- cual debe ser el contenido de la propuesta de resolución, se lleva a cabo básicamente por personal de VAERSA (…). Todo ello excede, pues, del contenido técnico funcional atribuido a VAERSA por la normativa que la creó y supone, de facto, el ejercicio de las potestades administrativas en materia del control y decisión sobre la adecuación medioambiental de los proyectos que les son sometidos a informe, lo que entraña igualmente una vía de hecho, a la que se debe poner inmediato fin, ordenando su cese".

[34] En el f.j.1º explica esta sentencia: "lo cierto es que lo único que queda acreditado es que los informes técnicos que emiten los trabajadores técnicos de la empresa pública VAERSA, son normalmente asumidos por los funcionarios que firman la propuesta de resolución, y por los órganos competentes para éstas, y es evidente que al margen de que los trabajadores o funcionarios preparen materialmente las propuestas de resolución o las mismas resoluciones, la autoría y responsabilidad de éstos es de quienes teniendo la competencia para ello, las asumen y firman. En consecuencia, se podrá discutir si los trabajadores de VAERSA ejercen funciones laborales que no les correspondan con arreglo a su normativa reguladora, pero desde luego discrepamos de la sentencia".

Cosa distinta es el valor probatorio que puedan tener esas actuaciones realizadas por empleados laborales o por sujetos privados, pues en tal caso, y como vemos a continuación, no se encontrarán revestidas de presunción de certeza y veracidad, sometiendo su valoración probatoria al criterio de la sana crítica.

IV. EL ART. 15 LFPA: UN PRECEPTO CON TRES CAPAS

1. Teleología y estructura del precepto

A la vista de cuanto antecede, el análisis del art. 15 LFPA se presenta ahora bastante fácil de emprender. Conviene comenzar por lo que ya se anuncia en la Exposición de Motivos, pues resulta sumamente elocuente de la ordenación legal:

> "Por primera vez se incluye en una norma andaluza reguladora con carácter general de la función pública la identificación de las actuaciones administrativas que implican participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales, a cuyo efecto se determinan las que serán desempeñadas exclusivamente por personal funcionario. Así, la ley delimita las funciones que se reservan al personal funcionario público y las que puede realizar el personal laboral. Se parte de las determinaciones establecidas en el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, que remite a sus leyes de desarrollo la concreción de lo que se entienda por «ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones públicas». En la presente ley se opta por interpretar esa previsión de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la reserva de puestos a las personas nacionales de los Estados miembros, considerando que se trata de las actuaciones administrativas obligatorias para las personas destinatarias de las mismas, que permitan exigir su acatamiento en caso de incumplimiento. Sin perjuicio de ello, se establece una serie de funciones que, en todo caso, quedan reservadas a personal funcionario público, estén o no comprendidas en la delimitación anterior. Y también se relacionan, para mayor seguridad jurídica, las funciones que pueden ser desempeñadas por el personal laboral, en línea con lo que se ha establecido para el empleo público en la legislación del Estado y de otras Comunidades Autónomas. Por otra parte, y de acuerdo con la jurisprudencia en la materia, se puntualiza que la reserva de funciones a personal funcionario público se establece sin perjuicio de que pueda encontrarse asistido en su labor para la realización de actuaciones preparatorias, de carácter material, técnico o auxiliar, que no constituyan actos administrativos de cualquier

> naturaleza. Las relaciones de puestos de trabajo o instrumentos equivalentes de ordenación de recursos humanos descenderán al nivel de detalle para identificar la clase de personal empleado público que puede desempeñar cada uno de los puestos de trabajo".

Es texto es absolutamente revelador y muy pedagógico, tanto de la teleología, como de la estructura sistemática del art. 15 LFPA, precepto en el que se materializan sus postulados. Se trata de una regulación articulada en tres capas o niveles:

> 1. El principio general de ordenación del empleo público de preferencia general por puestos desempeñados por funcionarios públicos −art. 15.3 LFPA−.
>
> 2. La delimitación de las funciones reservadas a funcionarios públicos, que conlleva, a su vez, una doble operación: *(i)* la interpretación de lo que deba entenderse "conceptualmente" por participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas −art. 15.1 LFPA−; y *(ii)* un elenco o relación de funciones que, en todo caso, y sin perjuicio de lo anterior, se reservan a los funcionarios −art. 15.2 LFPA−.
>
> 3. La descripción de puestos que pueden desempeñarse por personal laboral −art. 15.4 LFPA−.

2. Las funciones reservadas a funcionarios públicos

Esta cuestión, como se ha dicho, se aborda en primer lugar apostando por una concreta decantación del concepto de potestades públicas, análoga a la que posteriormente ha asumido el Proyecto de Ley de Función Pública de la Administración del Estado, lo que supone un indudable respaldo al texto andaluz, que dispone −art. 15.1 párr.2º LFPA−:

> "A los efectos previstos en este artículo, implican participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales aquellas funciones que materializan el ejercicio de autoridad y las actuaciones administrativas obligatorias para las personas y entidades destinatarias que permitan exigir su acatamiento en caso de incumplimiento, no debiéndose considerar como tales, en estos casos, sus actuaciones preparatorias, de carácter instrumental, material, técnico, auxiliar o de apoyo, que no constituyan actos administrativos de cualquier naturaleza".

Se produce aquí una relevante doble acotación. Por un lado, positiva −ámbito material abarcado por el concepto−, apostándose por restringir la noción de potestad pública a la que suponga el ejercicio de autoridad o *imperium*, describiendo además

en qué consiste semejante autoridad (exigir acatamiento en caso de incumplimiento); y por otro lado, negativa −ámbito material excluido del concepto−, aclarando que las actuaciones preparatorias, de carácter instrumental, técnico, auxiliar o de apoyo, que no constituyan actos administrativos, tampoco suponen el ejercicio de potestades administrativas.

Realizada esa acotación positiva y negativa, se procede públicas −art. 15.2 LFPA− a relacionar una serie de funciones reservadas al personal funcionario:

> "2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, serán desempeñadas exclusivamente por personal funcionario las siguientes funciones:
>
> a) La fe pública administrativa que, entre otras funciones, conllevará la expedición de certificaciones o de copias auténticas.
>
> b) La constatación de hechos que, de acuerdo con su normativa específica, tengan presunción de veracidad.
>
> c) La inscripción, anotación, cancelación y demás actos de administración de registros administrativos, que tengan efecto constitutivo.
>
> d) La emanación de órdenes de policía.
>
> e) La adopción de medidas cautelares o de reposición.
>
> f) Las actuaciones atribuidas a personal funcionario público habilitado para la identificación y firma de la ciudadanía en las oficinas de asistencia en materia de registro, conforme a lo dispuesto en la legislación del procedimiento administrativo común.
>
> g) El control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria.
>
> h) En materia de contratación pública, la potestad tarifaria, la interpretación, modificación unilateral y resolución de contratos, así como la verificación y control de su cumplimiento.
>
> i) El reintegro de ayudas y subvenciones.
>
> j) Deslinde y recuperación de bienes públicos.

k) Además, en la tramitación de procedimientos administrativos que se instruyan en una entidad instrumental, el asesoramiento legal preceptivo, las funciones de persona responsable o instructora y la elevación de propuesta de resolución en los procedimientos que den lugar a actos desfavorables o de gravamen o que supongan el ejercicio de prerrogativas o poderes exorbitantes, así como los procedimientos de mediación y arbitraje, de conformidad con lo dispuesto en la normativa que resulte de aplicación.

l) Las funciones atribuidas a personal funcionario en la legislación reguladora de determinados cuerpos, y en particular, el Cuerpo de Letrados y Letradas de la Junta de Andalucía; el Cuerpo de Letrados y Letradas de la Administración Sanitaria de la Junta de Andalucía; los Cuerpos de Inspección y Subinspección de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda; el Cuerpo de Inspección de Servicios Sanitarios, con las especialidades de Inspección Médica y de Inspección Farmacéutica, y el Cuerpo de Subinspección Enfermera de Servicios Sanitarios; la especialidad de Agentes de Medio Ambiente del Cuerpo de Ayudantes; el Cuerpo Superior de Inspección General de Servicios de la Junta de Andalucía; el Cuerpo Superior de Oficiales Inspectores de Bomberos Forestales y Emergencias en el Medio Natural; el Cuerpo de Oficiales Subinspectores de Bomberos Forestales y Emergencias en el Medio Natural, y el Cuerpo Técnico de Suboficiales de Bomberos Forestales y Emergencias en el Medio Natural".

Esa relación tiene carácter ilustrativo y no excluyente (se establece "sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1"). Pero también desempeña la misión de reservar a los funcionarios públicos una serie de funciones adscritas a cuerpos funcionariales específicos como opción del legislador andaluz. Es decir, que entre las funciones que relaciona este apartado, hay algunas que son ejercicio de autoridad, pero también hay otras −significadamente, la letra l)− que, aun sin serlo necesariamente, se reservan a los funcionarios.

De otro lado, resulta difícil de entender que las funciones de la letra *k)* se reserven a los funcionarios exclusivamente en las entidades instrumentales, tal y como la literalidad del precepto parece decir. Este precepto es de difícil interpretación. En mi opinión, no pretende ni consentir que esas funciones sean desempeñadas en la Administración General de la Junta de Andalucía por personal laboral, ni reducir o limitar a esas concretas funciones como las únicas que se reservan a funcionarios en las entidades instrumentales. Considero que lo que pretende establecer es que, *incluso* en las entidades instrumentales, esas funciones quedan reservadas a funcionarios, sin que puedan desempeñarse por personal laboral. Pero lo que desconcierta es que en ninguna parte se predique que varias de las funciones relacionadas en el precepto también se reservan a los funcionarios de la Administración General y no solo a los

de las entidades instrumentales. En resumen, esta letra supone una distorsión en la economía de la norma —no parece encajar bien en el lugar sistemático en el que ubica— y resulta un tanto oscura en sus determinaciones.

3. Funciones que pueden realizar los empleados laborales.

Estas aparecen en el art. 15.4 LFPA, que dispone:

"4. En el marco de lo dispuesto en el presente artículo, en la Administración de la Junta de Andalucía podrán desempeñarse por personal laboral:

a) Los puestos de trabajo de naturaleza no permanente y los que se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo.

b) Los puestos cuyas actividades únicamente conlleven tareas que sean propias de oficios, así como los de vigilancia, custodia, porteo, recepción, información, reproducción de documentos, conducción de vehículos y análogos o tareas de apoyo a las antes citadas.

c) Los puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos, instalaciones o vías públicas, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social.

d) Los puestos de las áreas de expresión artística, servicios sociales, asistenciales y culturales, y del área de protección de menores.

e) Los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran habilidades prácticas y conocimientos de carácter técnico o especializado, cuando no existan cuerpos de personal funcionario en los cuales sus integrantes tengan la preparación específica necesaria para su desempeño. También los puestos de centros de investigación que sean necesarios para la ejecución de proyectos determinados.

f) Cualesquiera otros puestos con funciones de carácter auxiliar, instrumental o de apoyo administrativo o técnico a las propias que implican ejercicio de autoridad, o a las que, de acuerdo con lo previsto en este artículo, se encuentran reservadas al personal funcionario".

Es clara la inspiración que ha buscado este precepto en el art. 15 LMURFP y en la legislación autonómica homologable, a pesar de que existen notables diferencias de amplitud en la descripción de estos puestos en la legislación comparada. La Ley

vasca es la más prolija. La pregunta a dilucidar en este punto es si solo los puestos que aparecen en estas relaciones específicas pueden ser desempeñados por empleados laborales, o bien se trata de enunciados meramente explicativos y no excluyentes. A mi juicio, y aun existiendo un principio general de preferencia por el personal funcionario, la determinación legal de funciones –o puestos– que pueden desempeñarse por el personal laboral no impide en modo alguno que también puedan realizar otras funciones, respetando siempre la reserva de las que corresponden a funcionarios. Serán los instrumentos de ordenación del personal los que deban pronunciarse sobre la cuestión. Y así como es posible que los funcionarios realicen labores que pueden realizar los laborales, también es posible que, en tales instrumentos, se asigne al personal laboral puestos en los que se desempeñen funciones que no estén reservadas a funcionarios en el art. 15.1 y 2 LFPA, aun cuando supongan el ejercicio de potestades administrativas, esto es, siempre que no se trate de potestades reservadas a funcionarios.

Por otra parte, la letra *f)* es coherente con el art. 15.1 párr. 2º *in fine* de la propia LFPA. Ambas previsiones se complementan.

Poco más cabe añadir al análisis de esta disposición, por cuanto que las coordenadas de la cuestión se han ido realmente estableciendo a todo lo largo de este trabajo.

V. ATRIBUCIÓN DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS A ENTIDADES CON PERSONALIDAD DE DERECHO PRIVADO: LA MODIFICACIÓN DEL ART. 75.2 LAJA

Para completar este trabajo queda por exponer una relevante modificación normativa a la que procede la disposición final 2ª LFPA, que modifica el art. 75.2 de la Ley 9/2007, de 22 de diciembre, de la Administración de la Junta de Andalucía (LAJA), que antes de ser modificado establecía que las sociedades mercantiles del sector público andaluz "En ningún caso podrán ejercer potestades administrativas".

Con fundamento en este precepto el TSJA ha considerado contrarias al Derecho propio de Andalucía algunas disposiciones que atribuían potestades a este tipo de entidades, confirmando después el Tribunal Supremo las sentencias, debido a que se sustentaban en Derecho autonómico. Así, la STS 1841/2018, de 19 de diciembre, referente a VEIASA, empresa pública de la Junta de Andalucía a la que se encomendó la realización de la actividad de inspección técnica de vehículos (ITVs) mediante la D.F.1ª del Decreto 122/2014, de 26 de agosto, que modificó el Decreto 59/2005, de 1 de marzo, por el que se regula el procedimiento para la instalación, ampliación, traslado y puesta en funcionamiento de los establecimientos industriales, así como

el control, responsabilidad y régimen sancionador de los mismos. Con base en ese concreto régimen que era aplicable en Andalucía, la sentencia de instancia (STSJA 24/10/2017, rec. 707/2014), en razonamientos que el Tribunal Supremo hace suyos, considera que:

> "es procedente el recurso en cuanto al fondo de esta modificación, porque a diferencia del resto de los artículos que se limitan a reproducir la Ley 9/2007 y que atribuyen a la Agencia potestades administrativas, porque son según la Disposición adicional décima medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración de la Junta de Andalucía y por tanto obligadas a cualquier encomienda de gestión en las materias propias de su objeto y fines.
>
> Una Sociedad Anónima como es VEIASA, no es, según la Ley antes citada, medio propio instrumental de la Administración de la Junta de Andalucía, de ahí que la modificación del Decreto sobre las facultades de cumplimiento de las disposiciones reglamentarias y requisitos de seguridad, así como de inspección atribuidas o realizadas a través de una empresa mercantil como medio propio instrumental, vulnera dicha Disposición adicional décima y lo que es más importante, *el mandato expreso de la propia Ley Andaluza artículo 75, que prohíbe expresamente la atribución de funciones que impliquen el ejercicio de potestades públicas a sociedades mercantiles, y la reserva funcional que configura el articulo 9.2 Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, por lo que procede en consecuencia la nulidad de la modificación del artículo 7 del Decreto 59/2005 llevada a cabo por la Disposición Final del Decreto aquí revisado".

Es dudosa la afirmación de que VEIASA no sea medio propio. Podría compartirse que se anule el Decreto con base en el Derecho propio de Andalucía, toda vez que el art. 75.2 párr.2º LAJA, prohibía a las empresas mercantiles del sector público andaluz ejercer potestades administrativas. Pero lo que no resulta comprensible es que se invoque el art. 9.2 TREBEP, porque resulta incoherente con la situación existente en la materia, toda vez que, en la mayoría de CCAA, estas funciones de verificación e inspección industrial han sido objeto de externalización y corresponden a empresas estrictamente privadas. Resulta inexplicable fundamentar en el art. 9.2 TREBEP que tales funciones no puedan encomendarse a una empresa pública, y que, en cambio, sí puedan llevarse a cabo por sociedades mercantiles estrictamente privadas.

En cualquier caso, como he comentado, el Tribunal Supremo se limita a constatar que el fundamento del fallo del TSJA es el Derecho propio de Andalucía y, con independencia de las afirmaciones que desliza en los fundamentos jurídicos

de la sentencia, el motivo de desestimación de la casación es que no le corresponde pronunciarse sobre una cuestión en la que se ha aplicado el Derecho autonómico.

Análogas consideraciones cabe hacer respecto de la STS 75/2019, de 29 de enero, sobre una modificación de los Estatutos de la Agencia IDEA, que confirma la STSJA 24/02/2016, rec.704/2014.

La modificación que ha llevado a cabo la d.f.2ª LFPA consiste en modificar el art. 75.2 LAJA, para conferirle la siguiente redacción:

> "2. Las sociedades mercantiles del sector público andaluz tendrán por objeto la realización de actividades comerciales o de gestión de servicios en régimen de mercado, actuando bajo el principio de la libre competencia.
>
> En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, sin perjuicio de que excepcionalmente la ley pueda atribuirles el ejercicio de potestades administrativas".

De este modo, el Derecho autonómico se alinea con el estatal, pues el art. 113 LRJSP tiene una redacción equivalente. Y esa redacción es coherente además con el art. 2.2 b) LPAC, que admite el ejercicio de potestades administrativas por entidades de Derecho privado del sector público.

El problema que se produce en la práctica es la aparente desconexión existente entre el art. 9.2 TREBEP y estas disposiciones. Si el art. 2.2 b) LPAC admite que las entidades privadas del sector público ejerzan potestades, y el art. 113 LRJSP solo restringe la atribución de las que impliquen el ejercicio de autoridad pública, no debería regir en este ámbito la reserva de funciones a funcionarios públicos. Existen fórmulas con las que articular la integración de funcionarios en sociedades mercantiles públicas, pero no parece razonable exigirlas si del propio sistema normativo se desprende la habilitación a ejercer potestades administrativas a entidades cuyo personal es por naturaleza laboral.

Con todo, se aprecia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo una interpretación muy restrictiva de la excepcionalidad con la que se tolera el ejercicio de potestades por sociedades mercantiles, incluso las que provocan efectos favorables y no suponen ejercicio de autoridad. El caso de la STS 469/2023, de 12 de abril, sobre la mercantil INECO, es sintomático. No parece que tales restricciones interpretativas jueguen cuando es la Ley la que atribuye potestades, como sucede con Correos y Telégrafos en la disposición adicional 1ª de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal; o con los ejemplos ya referidos de empleados laborales del Banco de España.

Es más, según han mostrado Toscano y Álvarez en sus recientes aportaciones en la materia, son muy frecuentes los ejemplos de encargos a mercantiles del sector público en relación con procedimientos de otorgamiento de subvenciones[35]. Y no debería ser causa de anatema cuando en nuestro ordenamiento son muy frecuentes los casos de ejercicio de potestades por sujetos privados (remitir). No se alcanza a ver por qué un particular puede ejercer potestades administrativas, pero una entidad privada del sector público no.

[35] Véanse TOSCANO, 2023: pp.27 ss.; y ÁLVAREZ, 2023: pp.55 ss.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E.M.: "La galaxia subjetiva: los «poderes adjudicadores» de subvenciones del poder público y las entidades colaboradoras", en GAMERO CASADO, E. y ALARCÓN SOTOMAYOR, L.: *20 años de la Ley General de Subvenciones*, Instituto Nacional de Administración Pública y Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Madrid, 2023.

BERNING PRIETO, A.D.: "Delimitación entre potestades administrativas y actividades técnicas o auxiliares", en GAMERO CASADO, E. (Dir.), *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

CANTERO MARTÍNEZ, J.: "Criterios para la clasificación del empleado público: ¿funcionario o laboral?", *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.º 5, 2013.

- "El ejercicio de funciones de autoridad por funcionarios interinos (a propósito de la jurisprudencia sobre policía local)", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 14, 2020.

CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, C.: "El papel del funcionario y del laboral en el nuevo diseño de la Administración pública", *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 11, 2011 (BIB2010\2998).

FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA, J.: "El Estatuto básico del empleado público y la regulación de las funciones reservadas al funcionario público", *REDA*, n.º139, 2008 (BIB2008\1632).

FUENTETAJA PASTOR, J. (2013): *Pasado, presente y futuro de la función* pública, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor.

GAMERO CASADO, E. (Dir.): *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021. En esta obra, del propio autor:

- Capítulo I: "Delimitación conceptual de la potestad administrativa".

- Capítulo VI: "Ejercicio de potestades administrativas por entidades del sector público con personalidad de Derecho privado".

- Capítulo VII: "El ejercicio de potestades administrativas en el empleo público".

JORDANO FRAGA, J.: "Grietas en los ejes del modelo constitucional: las funciones reservadas a los funcionarios", *REDA*, n.º 174, 2015 (BIB 2015\16796).

LASARTE ÁLVAREZ, J.: "Reflexión sobre principios del gasto público y potestades administrativas", en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

LARIOS RISCO, D.: "Comentario al artículo 9", en PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A. (Dirs.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: *La relación laboral especial de empleo público*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

MONTILLA PÉREZ, S.: "La reserva funcionarial establecida en el artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público", *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 58, 2021.

MORENO LÓPEZ, G.: "Clases de personal al servicio de las Administraciones públicas y adquisición y pérdida de la relación de servicio en el Estatuto Básico del Empleado Público", en LINDE PANIAGUA, E. (Dir.), *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo por el Estado y las Comunidades Autónomas*, Colex, Madrid, 2008.

PARADA VÁZQUEZ, R. y FUENTETAJA PASTOR, J.: *Derecho de la función pública*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2017.

QUESADA LUMBRERAS, J.: "La delimitación de funciones entre el personal funcionario y laboral: especial referencia a la reordenación del sector público de Andalucía", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 317, 2011.

REGO BLANCO, M.D.: "Potestades administrativas y contratación pública: ¿se ejerce potestad administrativa al adjudicar contratos públicos?", en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

TOSCANO GIL, F.: "La galaxia material: de las subvenciones a los incentivos económico-patrimoniales", en GAMERO CASADO, E. y ALARCÓN SOTOMAYOR, L.: *20 años de la Ley General de Subvenciones*, Instituto Nacional de Administración Pública y Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Madrid, 2023.

- "Las potestades administrativas en el ámbito de las subvenciones", en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

LASARTE ÁLVAREZ, J.: "Reflexión sobre principios del gasto público y potestades administrativas",

RECUERDA GIRELA, M.A. y FERNÁNDEZ DELPUECH, L.: "Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario", *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 83, 2012.

SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid, 2017.

SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2008.

El estatuto del directivo público profesional en el estado autonómico y su ajuste al modelo OCDE

Juan Antonio Carrillo Donaire

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. LA CONCEPCIÓN DE LA FUNCIÓN DIRECTIVA ENTRE LA POLITIZACIÓN Y LA FUNCIONARIZACIÓN. LA ESCASA Y DEFICIENTE REGULACIÓN DE LA FIGURA DEL DIRECTIVO PÚBLICO PROFESIONAL EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL. II. LOS MODELOS DE DIRECTIVO PÚBLICO PROFESIONAL EN EL DERECHO COMPARADO. 1. Dicotomía entre los modelos polarizados a la "funcionarización "y los que prescinden de esa condición priorizando las competencias funcionales de los directivos. A. El "senior civil service" anglosajón. B. El sistema francés de los "emplois de direction". 2. El exitoso modelo de la CReSAP portuguesa. 3. La figura en el Derecho hispanoamericano: breve apunte sobre las experiencias de Argentina, Chile y Perú. 4. Rasgos definidores del Estatuto del directivo público a partir de las recomendaciones de la OCDE. III. LA DEFINICIÓN DE UN "CANON" OBJETIVO PARA LA CONFORMACIÓN Y RECOGNOSCIBILIDAD DE LA FIGURA DE DIRECTIVO PÚBLICO PROFESIONAL. IV. LOS DESARROLLOS AUTONÓMICOS DEL LEGISLADOR AUTONÓMICO A PARTIR DE LAS PREVISIONES BASICAS DEL EBEP Y SU GRADO DE ADECUACIÓN AL "CANON" DESCRITO A PARTIR DE LAS RECOMENDACIONES DE LA OCDE. 1. Primera etapa: los desarrollos autonómicos previos a la aprobación de la Recomendación de la OCDE de 2019. 2. Segunda etapa: las leyes Vasca, Valenciana y Andaluza como modelos más recientes y ajustados al estándar internacional. A. La Ley 4/2021, de 16 de abril, de la Función Pública Valenciana. B. La Ley 11/2022, de 1 de diciembre, de Empleo Público Vasco. C. La Ley 5/2023, de 7 de junio, de la Función Pública de Andalucía. V. CONCLUSIONES

Resumen: Este trabajo analiza la figura del directivo público profesional, recientemente desarrollada por algunas Comunidades Autónomas a partir de las previsiones del Estatuto básico del empleado público, confrontando críticamente la fragmentada regulación autonómica de la figura con las claves del Estatuto del directivo profesional que se infieren del Derecho comparado y de las recomendaciones de la

OCDE, que igualmente se analizan y de las que nuestro país está en general bastante alejado.

Abstract: This paper analyzes the "professional public manager" satus, recently developed in Spain from the little provisions of the State “public employee Act". The paper expose the law regulation of the figure in the Autonomous Communities that have developed it. Likewise, it confronts critically this fragmented regional regulation with the keys based on the comparatve law and, particulary de OECD recomendations, which are also analyzed and from which Spain is generally quite far away.

Palabras clave: empleo público, directivo público, Estatuto del directivo público profesional

Keywords: *Civil service, Senior Civil Service, Civil Service Management Code*

I. LA CONCEPCIÓN DE LA FUNCIÓN DIRECTIVA ENTRE LA POLITIZACIÓN Y LA FUNCIONARIZACIÓN. LA ESCASA Y DEFICIENTE REGULACIÓN DE LA FIGURA DEL DIRECTIVO PÚBLICO PROFESIONAL EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL

Desde la teoría moderna de la organización pública y la ciencia de la Administración, existe un consenso bastante asentado que propugna que en las organizaciones públicas el liderazgo institucional reclama necesariamente la interacción entre los directivos “políticos” con legitimidad democrática, y los directivos profesionales de extracción meritocrática. En este contexto, se sostiene que los directivos públicos profesionales, actuando bajo la dependencia de los cargos políticos, son quienes estarían llamados a activar operativamente los proyectos políticos y llevarlos a buen puerto aplicando una estrategia de planificación, gestión de los recursos humanos y financieros asignados y ser capaces de evaluar los resultados. En eso consistiría la creación de valor desde una dirección pública profesionalizada. La dirección pública profesional sería, así, un escalón intermedio entre el alto cargo político y la plantilla de funcionarios y laborales al servicio de las Administraciones Públicas.

No obstante, la elaboración de un modelo de dirección política y profesional equilibrado, y particularmente la adecuada regulación de este último conforme a estándares internacionales reconocibles y asentados, sigue siendo en gran medida una cuestión pendiente para el legislador español[1]; que ya Alejandro NIETO calificó

[1] Basta consultar las obras de referencia en la materia que lo subrayan como un consabido déficit de nuestro modelo legal, cuyas claves esbozamos en este epígrafe. Así, entre otros muchos, pueden destacarse la obra de MAESO SECO, L.F., *El personal directivo público en España: su régimen jurídico antes y después del EBEP*, Madrid, La Ley, 2011; y las de RAMIÓ MATAS, C., *La Administración pública del futuro (Horizonte 2050): instituciones, política, mercado y sociedad de la innovación*, Tecnos, Madrid, 2017; y JIMENEZ ASENSIO, R.,

como "una de las grandes cuestiones dilemáticas" sobre la que cualquier reforma administrativa debería pronunciarse en primer término[2], en línea con lo que la mejor doctrina administrativista ya venía reclamando desde la culminación de las grandes reformas administrativas del tardofranquismo[3]. Pero muy poco se ha avanzado en este camino en las últimas décadas. De hecho, recientes informes de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) sitúan a España en la cola de los países miembros en lo que al desarrollo de la dirección pública profesional se refiere[4].

Asimismo, es un lugar común afirmar que existe un altamente desarrollado y profesionalizado modo de liderazgo organizativo en el mundo de la empresa que no se corresponde con el de la Administración. Los más recientes análisis subrayan el distanciamiento entre ambos mundos desde la perspectiva de la alta dirección de las organizaciones complejas-.

En este contexto, resulta innegable que la relación existente entre los diferentes tipos de liderazgo institucional y los resultados obtenidos en la consecución de sus objetivos por parte de una determinada organización pública constituye una relación de causa-efecto y una de las claves de bóveda de la definición de un modelo institucional eficiente, que evalúe sus políticas y que rinda cuentas. Por ello, la recurrente cuestión de la definición de un modelo estable de directivo público profesional vuelve a ocupar la atención del legislador en cualquier proyecto de reforma o desarrollo del modelo organizativo o del empleo público, acrecentada ahora por el proceso de

"La dirección pública profesional: perspectiva comparada y diagnóstico de la situación en España" en la obra colectiva (dirigida por él mismo junto a VILLORIA, M. y PALOMAR OLMEDA), *La dirección pública profesional en España*, Marcial Pons, 2009, pp. 15 y ss. Asimismo, en este orden de problemas es de sumo interés el libro de DAHLSTROM, C., y LAPUENTE, V., que lleva por expresivo título *Organizando el Leviatán. Por qué el equilibrio entre políticos y burócratas mejora los Gobiernos*, Deusto, 2018. También me he ocupado recientemente de esta cuestión en mi trabajo sobre las "Claves para la definición de un Estatuto del directivo público profesional", *Documentación Administrativa*, núm. 7, 2020, págs. 49-62.

[2] "Un primer paso para la reforma de la Administración española", en *La reforma del Estado y de la Administración española* (dir. por BAENA DEL ALCÁZAR, M.), INAP, 2013, Madrid, p. 163.

[3] Desde que GARCÍA-TREVIJANO FOS, en su *Tratado de Derecho Administrativo*, volumen I (1970), tratase la cuestión de forma pionera, con un nivel de exhaustividad y profundidad extraño en la manualística clásica.

[4] El Grupo de Trabajo sobre Gestión y Empleo Público de la OCDE publica periódicamente Informes de situación que analizan, entre otros extremos, el que acaba de señalarse. En los últimos Informes publicados, como el "Ageing and Talent Management in European Public Administrations", de octubre de 2021, o el Informe "Public Employement and Management 2021: Te future of the Public Service", España queda en último lugar en parámetros como las herramientas para medir resultados, la rendición de cuentas o la exigencia de capacidades de liderazgo en los procesos de nombramiento de directivos públicos. Pueden consultarse las publicaciones del citado Grupo de Trabajo en https://www.oecd.org/gov/pem/

transformación digital[5] y por las lecciones pendientes que nos ha dejado la pandemia sanitaria del COVID-19, que ha desnudado las carencias del sector público haciendo más oportuna que nunca una nueva reflexión sobre cómo afrontar la incertidumbre y el riesgo desde la gestión pública.

Como veremos más adelante, en el caso español esta necesidad se ha manifestado en estos tiempos con cierta urgencia, siendo una de las novedades más destacables de los últimos proyectos autonómicos de reforma de la legislación sobre función pública, que se han lanzado fervorosamente y sin excepción al desarrollo de la originaria previsión básica que hoy contiene el artículo 13 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante TREBEP). También el propio Gobierno central abordó recientemente un intento de desarrollo de la figura en el hoy decaído proyecto de Ley de la Función pública estatal, sometido a tramitación parlamentaria en marzo de 2023 (bastante deficiente en este punto, por cierto)[6]. Si bien, estando este trabajo en la imprenta, esa iniciativa estatal tomó forma en el Real Decreto Ley 6/2023, de 19 de diciembre, que al hilo de la regulación de la reforma de la función pública, que recupera dicho proyecto y acomete el desarrollo de la figura del directivo público profesional en sus artículos 123 a 126 en los mismos términos de aquel proyecto, y que por razones temporales no analizamos en este trabajo.

Para centrar la regulación de la figura a nivel estatal, deben tenerse en cuenta diversos textos legales que aportan los precedentes necesarios, así como la actual regulación sobre esta cuestión.

En primer lugar, la derogada la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), que establecía un modelo directivo a mitad de camino entre lo politizado y lo funcionarial basado en la distinción entre órganos superiores y directivos, exigiendo que los segundos fuesen desempeñados, en todo caso, por funcionarios de carrera; mientras que los primeros (Ministros y Secretarios de Estado) tenían un claro cariz político[7]. El mode-

[5] RAMIÓ MATAS, C., "El Estado en el año 2050: entre la decadencia y el esplendor", *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, núm. 66, 2016, pp. 5 y ss; y, de mismo autor, "Inteligencia artificial, robótica y modelos de Administración pública", *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, núm. 72, 2018, pp. 5 y ss. Es interesante, en este sentido, consultar las referencias a esta cuestión que se contienen en la llamada "*Estrategia Española en Inteligencia Artificial*", presentada por el Ministerio de Economía del Gobierno de España en diciembre de 2020, así como en el "*Plan Español de Recuperación, Transformación y Resiliencia*" (España puede) aprobado en octubre de 2020 como propuesta para la ejecución de los Fondos europeos *Next Generation UE*.

[6] Que puede consultarse en https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-149-1.PDF

[7] La LOFAGE asentó la distinción, largamente acogida por la legislación autonómica posterior, entre órganos superiores y directivos de los Ministerios; siendo los primeros los Ministros y Secretarios de Estado, y llegando los segundos hasta el nivel de Subdirección general (comprendiendo, por tanto, a

lo de la LOFAGE fue reproducido, con algunas variables reseñables, por los artículos 57 a 68 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP)[8], que, con carácter general, atribuye a los órganos superiores la principal función de establecer los planes de actuación de la organización situada bajo su responsabilidad y a los órganos directivos su desarrollo y ejecución (art. 55.9).

Es de consignar, a su vez, que la LRJSP derogó la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, que introdujo un régimen para el personal directivo de las Agencias que implantaba la posibilidad de selección por órganos especializados en los que residía la facultad de proponer de manera motivada a tres candidatos, al tiempo que hacía posibles los contratos de alta dirección. Se trataba de una fórmula que pretendía garantizar la transparencia y objetividad en los procesos de nombramiento, que debían efectuarse atendiendo a los criterios de competencia profesional y experiencia entre titulados superiores, preferentemente –pero no exclusivamente- funcionarios, y mediante un procedimiento que garantizase el mérito, la capacidad y la publicidad.

El balance que cabe hacer de esta dualidad entre órganos superiores de carácter político y órganos directivos funcionarizados a nivel estatal es bastante negativo, sobre todo porque la excepción contenida en la ley (art. 66.2 de la LRJSP) que habilita a nombrar titulares no funcionarios en los puestos con rango de Director General, siempre de forma subsidiaria y motivada[9], ha sido aplicada (con incumplimiento de los límites legales) de modo muy generalizado en la pasada legislatura, como dejan ver las recientes sentencias del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de

los Subsecretarios y Secretarios Generales -en caso de existir-, Secretarios Generales Técnicos, Directores Generales y Subdirectores). Asimismo, la LOFAGE exigía a los órganos directivos, la condición legal de "*funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades locales, a los que se exija para su ingreso el título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente*" (o del subgrupo A1 al que se refiere el art. 76 del TREBEP, como dice hoy la LRJSP). Esta segunda regla no ha tenido, en cambio, tanto predicamento en la legislación autonómica como la primera, lo que hace a las Comunidades Autónomas más proclives a un mayor nivel de politización de la función directiva.

[8] Además de reproducir la distinción entre órganos superiores (políticos) y órganos directivos, extiende esta categorización al ámbito de la Administración periférica y en el exterior; mientras que en el caso de los organismos públicos, serán sus Estatutos los que establezcan sus órganos directivos.

[9] El citado precepto dispone que para dichos puestos *"Los nombramientos habrán de efectuarse entre funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades locales, pertenecientes al Subgrupo A1, a que se refiere el artículo 76 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, salvo que el Real Decreto de estructura permita que, en atención a las características específicas de las funciones de la Dirección General, su titular no reúna dicha condición de funcionario, debiendo motivarse mediante memoria razonada la concurrencia de las especiales características que justifiquen esa circunstancia excepcional. En todo caso, habrán de reunir los requisitos de idoneidad establecidos en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado".*

2021 (ECLI:ES:TS:2021:4672)[10] y de 5 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1640)[11], que anularon algunos de dichos nombramientos por falta de motivación de la citada excepción legal.

En segundo lugar, la regla básica vigente en la materia es antes citado artículo 13 del TREBEP, que reproduce el mismo precepto del Estatuto Básico del Empleado Público de 2007 (EBEP), para el llamado "personal directivo profesional", con la siguiente fórmula tan abierta como poco detallada:

> "El Gobierno y los órganos de gobierno de las comunidades autónomas podrán establecer, en desarrollo de este Estatuto, el régimen jurídico específico del personal directivo así como los criterios para determinar su condición, de acuerdo, entre otros, con los siguientes principios:

[10] Esta Sentencia resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Federación de Asociaciones de los Cuerpos Superiores de la Administración Civil del Estado (FEDECA), contra la Disposición Adicional Séptima del Real Decreto 139/2020 por el que establecía la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales nacidos del Gobierno de coalición PSOE-Podemos, que contemplaba la excepción a la reserva funcionarial en los nombramientos veintitrés (23) Direcciones Generales y puestos de igual rango. Posteriormente el recuso se amplió al Real Decreto 452/2020, por el que se desarrollaba la estructura orgánica básica del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, para exceptuar en su disposición final 1ª la condición de funcionario a la persona titular de otra Dirección General. Y asimismo se amplió a dos nuevos Reales Decretos (el R.D. 495/2020 de estructura orgánica básica del Ministerio de Consumo, y el R.D. 500/2020 que desarrolló la estructura orgánica básica del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico), que exceptuaron sendas Direcciones Generales adicionalmente. El recurso se amplió posteriormente a los 26 Reales Decretos de nombramiento de Directores Generales y cargos de dicho rango dictados por el Gobierno de coalición argumentando la nulidad de las disposiciones recurridas por contravenir el artículo 66.2 de la LRJSP. Tras analizar la posible aplicación de la excepción legal que dicho precepto habilita y la motivación de los distintos nombramientos "políticos" efectuados, el Tribunal Supremo inadmite el recurso respecto de algunos de los Reales Decretos señalados pero estima parcialmente el recurso contra la disposición adicional séptima del R.D. 139/2020 anulando la excepción introducida por éste que habilitó el posterior nombramiento de dos (2) Directores Generales al no haber justificado suficientemente el Gobierno en ambos casos los motivos para acogerse a la excepción a la regla general de que los directores generales sean funcionarios de carrera del Subgrupo A-1. Según la sentencia, *"en ambos casos se trata de una motivación vaga y genérica. De su lectura no se desprende qué concretas actuaciones o iniciativas son las que no podrían ser realizadas por funcionarios de carrera. Los pasajes transcritos no dejan de ser manifestación de un tipo de literatura oficial que, en tono solemne, emplea muchas palabras para decir muy poco. Esta Sala, en suma, no alcanza a percibir dónde residen las "especiales características" o la "circunstancia excepcional" de la Dirección General de Deportes y de la Dirección General de Personas con Discapacidad, que es lo exigido por el artículo 66.2 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público para justificar la excepción a la regla general".*

[11] En este caso se impugnaba por la misma Federación de funcionarios el nombramiento, con base a la normativa de estructuras ministeriales citada en la nota anterior, dos nuevos nombramientos de Directores Generales de la Administración General del Estado que igualmente recayeron sobre personas de perfil puramente político y que no eran funcionarios de carrera pertenecientes al Subgrupo A1. El Tribunal Supremo, con remisión a la doctrina establecida en la citada Sentencia de 14 de diciembre de 2021, estima el recurso y anula dichos nombramientos y las disposiciones orgánicas que los habilitaron.

1. Es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración.

2. Su designación atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia.

3. El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados.

4. La determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva a los efectos de esta ley. Cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección".

La introducción en el EBEP de esta figura del personal directivo se consideró por la doctrina una inequívoca oportunidad para la modernización de la función directiva, en el entendido que la regulación de la figura pretende sujetar la gestión profesional a criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad y control de resultados en función de los objetivos marcados[12]. Sin embargo, quince años después de su regulación en el EBEP, la figura sigue sin contar, con el desarrollo normativo que requiere para hacerla operativa como modelo de selección y designación de directivos públicos, en todas las Administraciones Públicas, siendo la gran olvidada en este sentido la Administración Local.

En otro orden, debe consignarse que la introducción de la llamada carrera horizontal en el EBEP (art. 17) tampoco ha supuesto el modelo de promoción basado en habilidades directivas[13].

En tercer y último lugar, también ha de tenerse en cuenta la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del

[12] Léase, en este sentido, el pionero trabajo del tristemente extrañado BERMEJO VERA J. "El personal directivo, ¿nueva tipología de funcionario público?" en AAVV., *El estatuto básico del empleado público y su desarrollo legislativo*, Universidad de Zaragoza, 2007, pp. 195 y ss; así como el trabajo de PALOMAR OLMEDA, A., "Pautas para el diseño de un estatuto de directivo público para las administraciones convencionales", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 72, 2005, pp. 195 y ss.

[13] En relación con la carrera horizontal y la evolución del desempeño a efectos de su aplicación, véase PADILLA RUIZ, P., *La evaluación del desempeño en un contexto de mejora de la gestión del empleo público*, 2018, tesis doctoral de libre consulta en http://hdl.handle.net/10578/20351

Estado; condición que la LRJSP atribuye a los titulares de los órganos superiores, con la excepción de los Subdirectores generales y asimilados (art. 55.6)[14].

Como es fácilmente comprobable, al menos en la legislación estatal, la figura del directivo público no pretende superar la idea del funcionario público, sino solaparse con ella para perfilar una categoría distinta orientada al ejercicio de las funciones específicamente directivas.

Dentro del esquema resultante, se presume que la designación de los titulares de los órganos directivos (siempre que tengan la condición funcionarial legalmente exigible en el Estado) corresponde a la libre designación del Ministro o, en su caso, del Consejo de Ministros (cuando una Ley así lo prevea), lo que condiciona enormemente el perfil político de sus titulares, pese a la condición funcionarial que los acompaña. Que el nombramiento se proyecte con la exigencia de que deba recaer en un funcionario público no le resta un ápice al carácter político de la designación. El mero hecho de ser funcionario del Grupo A1 o A2 no representa que la persona designada disponga de las competencias mínimas o básicas para ejercer función directiva. La dirección pública superior en España ofrece, por tanto, un modelo altamente politizado, solo parcialmente corregido con reservas de designación de determinados ámbitos directivos a favor de funcionarios (en el ámbito del Estado, no así de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales).

Junto a lo anterior, los niveles directivos intermedios (o de segundo nivel) en las Administraciones Públicas españolas se cubren también, en su mayor parte, por procedimientos de provisión de libre designación entre funcionarios públicos, aunque en algunos casos puntuales esa provisión se hace por concurso específico. Es un sistema de dirección pública intermedia marcado por los altos márgenes de discrecionalidad de la autoridad que tiene la competencia de los nombramientos y ceses. Y no puede hablarse en puridad de una función directiva profesional allí donde no hay procesos competitivos abiertos, o se prevé el libre cese de las personas designadas, aunque estas hayan alcanzado esos niveles directivos tras procesos competitivos formales y aparentemente objetivos.

[14] Desde la perspectiva que interesa a este trabajo, basta con mencionar que esta Ley, en la línea seguida por muchas de sus homólogas autonómicas, establece definitivamente que el nivel de alto cargo llega hasta el de Director General incluido, y que regula los requisitos de idoneidad para el nombramiento de todos ellos, siquiera sea con carácter genérico (estableciendo en sus arts. 2 y 3 unos principios generales que rigen su selección y conducen el ejercicio de la condición de alto cargo). La Ley intenta precisar qué se entiende por idoneidad, al exigir la concurrencia de tres características: honorabilidad, debida formación y experiencia en la materia. Añade, por lo que a la formación y a la experiencia se refiere, que éstas se valorarán teniendo en cuenta los "conocimientos académicos adquiridos", sin que se exija titulación universitaria, y la "naturaleza, complejidad y nivel de responsabilidad de los puestos desempeñados, que guarden relación con el contenido y funciones del puesto para el que se le nombra".

En todo caso, profesionalizar para dotar de una estabilidad sujeta a criterios de mérito y capacidad determinados puestos clave de la organización de las Administraciones Públicas, sobre todo en un modelo administrativo como el nuestro sumamente dependiente del sector público, que penetra con una capilaridad enorme en el tejido socio-económico y productivo de nuestro país, pasa por profesionalizar la dirección pública. Y –a nuestro juicio- ello no debe implicar funcionarizar, o al menos no debe limitar a esta condición el requisito de entrada en la función directiva profesional. Pues, como gráficamente ha dicho JIMÉNEZ ASENSIO, "*se puede ser un excelente funcionario público y, a su vez, un pésimo directivo*"[15].

Como veremos seguidamente, las experiencias de éxito apuntan, antes bien, a los modelos abiertos de selección objetiva a partir de la demostración de una formación específica y de aptitudes directivas que permiten que el talento entre y salga de manera natural de la Administración sin precondicionar las competencias del directivo público profesional a la necesaria condición de funcionario público, pero sin que tampoco sea tal condición un obstáculo para ello, siempre que el funcionario en cuestión acredite competencias directivas.

II. LOS MODELOS DE DIRECTIVO PÚBLICO PROFESIONAL EN EL DERECHO COMPARADO

Muchas de estas regulaciones e iniciativas autonómicas que, como veremos, han acabado plasmando la figura del directivo público profesional a partir de las previsiones básicas del TREBEP han tomado como referencia algunos modelos contrastados en nuestro entorno más próximo que han avanzado en las últimas décadas reformas institucionales de profesionalización de la dirección pública.

Además de analizar los modelos más decantados y polarizados de otros países de nuestro entorno europeo y de hispanoamérica interesará analizar aquí el modelo de directivo público profesional que viene recomendando la OCDE desde 2017, a fin de comprobar si el legislador autonómico ha seguido más o menos de cerca el "canon" de la OCDE, que es el que se ha impuesto en los países de nuestro entorno.

[15] *Op. cit. supra*, p. 43. Idea previamente desarrollada, por el mismo autor, en su trabajo "Los directivos públicos en la reforma del empleo público: especial consideración del personal directivo local" en *El estatuto básico del empleado público y su incidencia en el ámbito local* (coord. por PALOMAR OLMEDA, A.) 2007, pp. 165 y ss.

1. Dicotomía entre los modelos polarizados a la "funcionarización" y los que prescinden de esa condición priorizando las competencias funcionales de los directivos

La tradición cultural de los países de órbita jurídica del common law configura un modelo de directivo público profesional que difiere de los países de tradición continental, siendo los primeros modelos abiertos a la contratación de personal especializado altamente cualificado en competencias y habilidades directivas, aunque no tenga la condición previa de servidor público, frente al modelo continental francés, que privilegia la condición de funcionario sin perjuicio de exigir también cualificaciones directivas en estos casos.

A. El *"senior civil service"* anglosajón.

Tras la aprobación del Civil Service Management Code de 1 de abril de 1996, actualizado en 2016[16], la figura de Senior Civil Service se configura en el Reino Unido como una categoría singular del directivo público de la Administración británica que cuenta con un estatuto diferenciado del resto de empleados públicos en cuanto a selección, estructura retributiva e incentivos al rendimiento y objetivos de evaluación y cumplimiento[17].

Para los puestos de mayor relevancia, que se corresponden con determinadas "bandas" salariales, la selección se realiza directamente mediante la *Civil Service Commission*, con arreglo a un protocolo específico y con el apoyo en una Comisión designada *ad hoc*[18], mientras que en el resto de los puestos la selección es responsabilidad del Departamento o Agencia convocante[19]. Pero en ambos casos los procesos selectivos se desarrollan conforme a similares criterios de publicidad, concurrencia y evaluación del mérito que están plasmados en la *Constitutional Reform and Governance Act* de 2010.

La Comisión tiene un programa de supervisión de la capacidad y el cumplimiento para garantizar que la selección para el nombramiento en la función pública en otros niveles cumpla con los requisitos legales, que se basa en un contrato-programa y la evaluación periódica del desempeño cada dos años[20].

---

16 https://www.gov.uk/government/publications/civil-servants-terms-and-conditions

17 FOX, B., "Creating the senior civil service", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, núm. 3, 1999, págs. 819 y ss.

18 Para la banda de pago 2 (directores), banda 3 (director general) y secretario permanente del servicio civil superior. La Comisión también presiden los concursos internos en la banda de pago 3 de *senior civil service* y el nivel de Secretario Permanente bajo los términos del Protocolo de Nombramientos de Alto Nivel, acordado con el Jefe del Servicio Civil.

19 https://civilservicecommission.independent.gov.uk/

20 Los directivos designados han de suscribir un contrato de duración indefinida con el departamento correspondiente, que dispone autónomamente el grado del puesto y la escala salarial aplicable, así

Importa reseñar que el sistema de selección evalúa las competencias directivas requeridas para el puesto, sin exclusión de perfiles que no provengan de la Administración Pública.

Un modelo parecido, inspirado en el anterior es el que se aplica en Irlanda a través de la *Commission for Public Service Appointments*[21], creada en 2004 por la Ley irlandesa sobre *Public Service Management*.

B. El sistema francés de los *"emplois de direction"*.

El Estatuto de la función pública en la Administración francesa está unificado para las distintas Administraciones territoriales desde la Ley de 13 de julio de 1983. En Francia existe un sistema de provisión de los puestos de carácter directivo, denominados "emplois de direction", a nivel de subdirector general y jefaturas de servicio, que rige para la Administración central, institucional, Autoridades independientes y órganos de relevancia constitucional, cuyos integrantes se clasifican en dos grupos en atención a la importancia de las responsabilidades asignadas. El Decreto nº 2019-1594, de 31 de diciembre de 2019 regula las condiciones para su designación, sujetando dichos nombramientos a una reserva general de provisión por cuerpos de funcionarios específicos que estén en posesión de un determinado grado de antigüedad, por lo que, a diferencia del modelo anglosajón, se trata de un sistema cerrado o funcionarizado de acceso a la función directiva; si bien es cierto que la selección tiene en consideración la formación de los candidatos en la Alta Función Pública, centralizada en tono a la afamada École Nationale d'Administration Publique.

El procedimiento de selección parte de la publicación de las vacantes en los Diarios correspondientes y en la página web de función pública[22]. El anuncio debe describir pormenorizadamente las funciones, las competencias requeridas y el grupo de clasificación de los empleos vacantes. Una vez examinadas las solicitudes recibidas

como el sistema de incentivos al rendimiento. En el contrato han de especificarse los objetivos anuales y el sistema de evaluación, que ha de analizar los resultados efectivamente alcanzados, la eficiencia en el manejo de los recursos, el desarrollo de las capacidades del equipo y la contribución a la misión u objetivos generales de la organización. El procedimiento de evaluación responde al modelo de 360 grados, en el que participa el personal del servicio, otros directivos públicos, así como los ciudadanos o asociaciones representativas del área de actividad del puesto. En función del resultado de la evaluación, los directivos son clasificados en tres niveles de rendimiento: el 25%, en el de máximo rendimiento; el 65%, en el de rendimiento intermedio; y el 10% restante, en el de menor rendimiento. Para quienes estén en este último caso se proponen programas de formación directiva individualizados para tratar de atajar las deficiencias del desempeño detectadas en la evalución. En los supuestos en que persista un bajo rendimiento, se aplica un procedimiento específico que comprende un primer aviso por escrito seguido de un período de evaluación de doce meses. Si a lo largo de este período la situación no mejora, se dicta una segunda resolución. El directivo dispone de un plazo para recurrir ante un responsable de recursos humanos, quien le notificará la decisión definitiva, que puede incluir una pérdida del grado o bien el despido.

[21] https://www.cpsa.ie/

[22] https://www.fonction-publique.gouv.fr/fonction-publique-france

en el plazo de 30 días desde la publicación del anuncio, las autoridades competentes (los Ministerios de adscripción del puesto, los directores de los organismos públicos o de las autoridades independientes, o los vicepresidentes del Consejo de Estado y del Tribunal de Cuentas) han de elevar una propuesta de designación motivada para su aprobación por decreto adoptado en Consejo de Ministros.

2. El exitoso modelo de la CReSAP portuguesa

Una de las consecuencias de las reformas impuestas por el Memorándum de Entendimiento que motivó la intervención de la República portuguesa por el Eurogrupo y el Ecofin en el contexto de la crisis financiera de la pasada década, fue la regulación de un modelo profesionalizado de selección de los directivos públicos, dadas las deficiencias y el clientelismo que se le achacaba a la Administración portuguesa. Los objetivos que se marcaron para la reforma del modelo fueron: aproximar el modelo público al régimen laboral común, respetando las especificidades de la Administración; establecer un modelo de gestión por objetivos de servicio, con mantenimiento de la perspectiva de carrera para los directivos; hacer prevalecer la evaluación de méritos en el desarrollo profesional; fortalecer los poderes de gestión de los administradores y los mecanismos de rendición de cuentas.

Con esta finalidad la Ley nº 64/2011, de 22 de diciembre, creó la *Comissão de Recrutamento e Selecção para a Administração* Pública (CReSAP), como autoridad independiente cuya misión es la de reclutar y seleccionar los candidatos de la dirección superior de la Administración estatal portuguesa y de los puestos directivos de las empresas públicas con arreglo a criterios de mérito, equidad y transparencia. La CReSAP se ha convertido en una institución con reconocimiento internacional y un ejemplo de buenas prácticas en relación con la selección de los directivos públicos[23].

A diferencia de otros modelos, y en ello radica probablemente su éxito, la CReSAP no tiene competencias de selección, sino que –más modestamente- se limita a funciones de propuesta a partir de parámetros técnicos y objetivos[24]. Conforme a la Ley nº 128/2015, de 3 de septiembre, que aprobó sus Estatutos, y al Decreto n.º 14678/2015, de 11 de diciembre que estableció su Reglamento interno, la intervención de la CReSAP se activa a instancias del órgano que haya de designar al candidato. La CReSAP desarrolla todo el proceso de selección y formula una pro-

[23] https://www.cresap.pt/

[24] El CReSAP está integrado por un presidente, de tres a cinco miembros permanentes, un miembro no permanente por cada Ministerio y sus respectivos suplentes. En la CReSAP se integra un grupo de expertos, conformado por 20 a 50 miembros designados entre empleados públicos con reconocido mérito profesional, credibilidad e integridad personal que apoyan técnicamente al CReSAP en asuntos específicos y participan en los jurados de concursos de alta gerencia para puestos directivos en la Administración Pública.

puesta con tres candidatos al órgano de designación. Tras el desarrollo del proceso emite una opinión basada en una evaluación de competencias, pero su opinión no es vinculante para la autoridad de designación, que puede apartarse de la propuesta o incluso rechazarla.

Si uno de los candidatos propuestos por la CReSAP es finalmente nombrado dispone de un período de desempeño de 5 años. A la designación se acompaña la *carta de missao*, que constituye un compromiso de gestión en la que se definen los objetivos, debidamente cuantificados y calendarizados, que el candidato designado debe aceptar, lo que supone su sujeción a un sistema específico de evaluación del desempeño.

3. La figura en el Derecho hispanoamericano: breve apunte sobre las experiencias de Argentina, Chile y Perú

Algunos países latinoamericanos del cono sur han adoptado en los últimos años fórmulas inspiradas en alguno de los precedentes comparados que acaban de apuntarse y que, en líneas generales, se orientan más al modelo del "senior civil service" anglosajón que a la dirección pública estrictamente funcionarial; recogiendo a su vez elementos ya anticipados por la regulación portuguesa en lo relativo a la selección por Comisiones especializadas, que aplican parámetros de evaluación de competencias directivas en los aspirantes, e incorporan un modelo de evaluación del rendimiento por objetivos.

Así, en Argentina, en desarrollo de la Ley núm. 24.185 y tras la fusión en el año 2015 del Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) con la Escuela Superior de Gobierno, el Decreto N° 254/2015 propició la revisión de los procesos concursales y de selección de personal al servicio de la Administración argentina. En desarrollo de sus previsiones, el Decreto N° 788/2019 regula un régimen de Alta Dirección Pública que establece un régimen singular de relación de empleo para la Alta Dirección Pública basado en mecanismo de selección objetivos y transparentes que pretenden garantizar la selección de este personal en régimen de igualdad de oportunidades y de méritos objetivos para determinar su idoneidad para el ejercicio de los puestos directivos. La selección se base en un régimen de convocatoria pública "abierto", que resuelve un Comité de Selección *ad hoc* que actúa bajo las pautas de una "Coordinación Concursal". La posición del personal de Alta Dirección Pública tiene una duración de cinco años contados a partir de la toma de posesión, y requiere para su adquisición: a) la prestación efectiva de servicios por un plazo no inferior al requerido para cumplimentar la primera evaluación de desempeño; b) la aprobación de la primera evaluación de desempeño con una calificación no inferior a "bueno", efectuada de conformidad con los parámetros de evaluación establecidos en el citado Decreto 788/2019; y c) la aprobación del Curso de Inducción impartido por el INEA

argentino. La designación se somete a un sistema periódico de evaluación del desempeño de carácter anual, instrumentado a partir de la actividad de "evaluadores externos"[25].

Por su parte, el Sistema de Alta Dirección Pública chileno ha recibido su actual conformación tras las propuestas del Consejo de Alta Dirección Pública y las recomendaciones de la Agenda de Probidad y Transparencia de mayo adoptada por el Senado de la República el 9 de agosto del año 2016, promulgada el 3 de octubre bajo la veste de programa de regeneración y modernización del Estado chileno. El sistema, al que había dado carta de naturaleza la anterior Ley 20.955 de perfeccionamiento de las Administraciones Públicas, tiene como objetivo dotar a las Administraciones e instituciones de Gobierno, a través de concursos públicos y transparentes desarrollados por el Consejo de Alta Dirección Pública[26], con el fin de seleccionar directivos con probada capacidad de gestión y liderazgo para ejecutar de forma eficaz y eficiente las políticas públicas definidas por las autoridades gubernamentales[27].

En Perú, la creación de la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR)[28], en noviembre de 2008, como entidad adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros, con la misión específica de modernizar la función pública peruana, permitió conseguir dos retos principales: la creación de un cuerpo de Gerentes Públicos y la promulgación de una Ley de Servicio Civil (recientemente reformada en 2020) que contempla dentro de la categoría de los empleados de la Administración la figura del directivo público, que define como el servidor civil que desarrolla funciones relativas a la organización, dirección o toma de decisiones de un órgano, unidad orgánica, programa o proyecto especial, cuyo desempeño se sujeta a una evaluación anual por objetivos[29].

---

[25] https://www.argentina.gob.ar/anmat/transparencia/autoridades-personal

[26] Para disminuir el impacto de los cambios de gobierno la nueva normativa elimina la figura de los directivos transitorios y provisionales y los reemplaza por "subrogantes legales" o por "directivos de segundo nivel jerárquico" del mismo servicio elegidos por la Alta Dirección Pública. Establece una cuota de hasta 12 cargos de Alta Dirección Pública de primer nivel, correspondientes a jefes de servicio, que el Presidente de la República puede nombrar directamente durante los primeros tres meses de su mandato. Establece la exigencia de contar con acuerdo del Consejo de Alta Dirección Pública para llevar a cabo concursos en los 8 meses finales de un gobierno, y obliga asimismo a efectuar una comunicación fundada previa al Consejo de Alta Dirección Pública para pedir la renuncia de Altos Directivos Públicos de segundo nivel jerárquico, durante los primeros 6 meses desde la toma de posesión de un nuevo Gobierno.

[27] https://www.serviciocivil.cl/sistema-de-alta-direccion-publica-2/

[28] https://www.gob.pe/servir

[29] Según los arts. 58 a 64 de la Ley peruana de Servicio Civil, el directivo público tiene funciones de organización, dirección o toma de decisiones sobre los recursos a su cargo, y vela por el logro de los objetivos asignados y supervisa el logro de metas de los servidores civiles bajo su responsabilidad. El ingreso a un puesto directivo público se realiza por concurso público de méritos realizado por cada entidad, cumpliendo con el perfil del puesto respectivo. Los directivos públicos son asignados para desempeñar puestos hasta el

4. Rasgos definidores del Estatuto del directivo público a partir de las recomendaciones de la OCDE

En 2017, la OCDE elaboró una Recomendación Informe titulado "Liderazgo para un servicio público de alto rendimiento" el que analizaba las capacidades de los empleados públicos de los países más avanzados de la OCDE para afrontar los retos de la globalización y la digitalización de una Administración del siglo XXI. El Informe, que emplea la metodología del análisis de casos, identifica las habilidades necesarias para "*gestionar mejores políticas, trabajar de forma eficaz con los ciudadanos y los usuarios de los servicios, gestionar la prestación de servicios eficaces y colaborar con las partes interesadas en entornos en red*" y recomienda la implantación de modelos de profesionalización de la gestión directiva pública basados en el reclutamiento por capacidades mesurables de forma objetiva mediante un sistema de acreditación independiente y la evaluación del desempeño[30]. El Informe decanta en buena medida los trabajos previos de la unidad especializada de la OCDE sobre *Public Employment and Management* (PEM) y concreta las recomendaciones de los Informes periódicos de seguimiento y las encuestas sobre gestión estratégica de recursos humanos en los Gobiernos de los países OCDE[31].

El citado Informe, y los trabajos anteriores mencionados, dieron lugar a la adopción de una Recomendación del Consejo de la OCDE sobre "Liderazgo y Capacidad en la Función Pública", que constituye el instrumento jurídico más avanzado en la materia[32]. La Recomendación fue formalmente adoptada el 17 de enero de 2019 por el Consejo a propuesta del Comité de Gobernanza Pública. En ella se destaca que una función pública profesional, competente y eficaz es un factor fundamental para fomentar la confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas. La Recomendación enuncia un conjunto de principios y objetivos que tienen por objeto determinar qué es lo que hace que una función pública sea adecuada, responda a

tercer nivel orgánico consecutivo de la entidad por un plazo de tres años renovable, siempre que cuenten con evaluaciones positivas de desempeño.

[30] El documento es el resultado de un proyecto en el que nueve países solicitaron a la OCDE que desarrollase estudios "de caso" sobre los desafíos específicos de liderazgo que han de ejercer las organizaciones públicas. Los estudios se desarrollaron a través de diferentes métodos, basados en una estrecha interacción con altos funcionarios de los países participantes. Los nueve estudios también se utilizaron para generar discusión y debate en cuatro talleres a los que asistieron participantes de todos los países OCDE. Algunos de los estudios analizaron capacidades de liderazgo particulares. Por ejemplo, Finlandia pidió a la OCDE identificar desafíos y oportunidades para promover la colaboración entre organizaciones. Los países bajos querían promover a los altos funcionarios como "socios sociales". Canadá quería explorar el liderazgo inclusivo. E Irlanda y Francia propusieron analizar los retos la innovación y liderazgo de la tecnología digital. El Informe se puede consultar en http://www.oecd.org/fr/gov/skills-for-a-high-performing-civil-service-9789264280724-en.htm

[31] Accesibles en http://www.oecd.org/gov/pem/

[32] Existe una versión en castellano en http://www.oecd.org/gov/pem/recomendacion-del-consejo-sobre-liderazgo-y-capacidad-en-la-funcon-publica.pdf

las necesidades actuales y contribuya a garantizar que siga siéndolo en el futuro, y permita al mismo tiempo presentar estrategias para lograr y promover un buen desempeño y un servicio de calidad para los ciudadanos. La Recomendación promueve "*una Administración con un alto nivel de profesionalidad que se basa en la objetividad, la imparcialidad y el Estado de Derecho como condiciones fundamentales para garantizar la confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas y la gobernanza*". A partir de lo anterior, la Recomendación pretende "*mejorar las formas de organización y gestión de los servidores públicos para hacer hincapié en la colaboración proactiva y la innovación al servicio de los ciudadanos, así como en las actividades económicas que protejan el valor público y el interés común*".

Partiendo de dichas recomendaciones y de los Informes del PEM[33], es posible conformar un decálogo de elementos que conforman el modelo OCDE para la definición de las capacidades de los directivos públicos profesionales y el establecimiento de un sistema de selección y desempeño de los mismos que pueden resumirse del siguiente modo, que enunciamos a partir de los indicadores de medición de la OCDE[34]:

1º) La dirección pública profesional ha de ser considerada como una "política pública estratégica" de recursos humanos en sí misma considerada. A tal efecto, desde la perspectiva de la planificación, se recomienda desarrollar de forma permanente y mediante una política específica de Recursos Humanos las capacidades de liderazgo de los servidores públicos de alto nivel actuales y potenciales.

2º) Ha de elaborarse un catálogo previo de puestos reservados a directivos públicos profesionales. Una planificación estratégica adecuada precisa calibrar y definir previamente los puestos de carácter directivo en cada organización.

[33] Además de los trabajos del PEM antes mencionados, la Recomendación sobre Liderazgo y Capacidad en la Función Pública cita como precedentes otras Resoluciones del Consejo de la OCDE: En concreto: la Recomendación del Consejo para mejorar la Calidad de la Regulación Gubernamental [OCDE/LEGAL/0278], la Recomendación del Consejo sobre las Directrices de la OCDE para la Gestión de Conflictos de Intereses en la Función Pública [OCDE/LEGAL/0316], la Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatorias [OCDE/LEGAL/0390], la Recomendación del Consejo sobre la Igualdad de Género en la Educación, el Empleo y la Actividad Empresarial [OCDE/LEGAL/0398], la Recomendación del Consejo sobre la Igualdad de Género en la Vida Pública [OECD/LEGAL/0418] y la Recomendación del Consejo sobre Integridad Pública [OECD/LEGAL/0435].

[34] La OCDE utiliza los siguientes indicadores para determinar si una Administración dispone de un sistema de dirección pública profesional: 1º) Existencia de una carrera separada para los directivos públicos; 2º) Promoción de la movilidad de los directivos públicos; 3º) Reclutamiento a través de un procedimiento centralizado; 4º) Existencia de un periodo de nombramiento de los directivos públicos; 5º) Vinculación de la actuación de los directivos públicos al cumplimiento de objetivos; y, 6º) Posibilidad de cese de directivos públicos en caso de rendimiento insuficiente.

3º) Búsqueda de liderazgo para la ejecución de programas y proyectos. Una buena política de dirección pública profesional requiere establecer estándares o indicadores competenciales basados en los méritos y la formación directiva específica, que aseguren la imparcialidad, la integridad y la capacidad de liderazgo de los directivos públicos profesionales. Se recomienda considerar todos los aspectos relevantes de la gestión de personas y garantizar su alineación con la planificación estratégica del gobierno, incluida la gestión del presupuesto.

4º) La selección debe ser objetiva y transparente, basada en competencias y habilidades; y el desempeño someterse a evaluación periódica. Es preciso establecer un sistema de selección transparente y abierto, en el que se fijen estándares de evaluación del desempeño a partir del cumplimiento de objetivos prefijados para cada puesto, que permitan la rendición de cuentas por el desempeño.

5º) La misión del directivo público profesional está subordinada a las políticas públicas gubernamentales. Los objetivos del mandato deben proporcionar orientaciones de dirección para los directivos profesionales y estar alineados con los objetivos políticos del Gobierno y de las autoridades políticas.

6º) El directivo público profesional ha de tener un estatuto de independencia funcional y operativa desde la lealtad a la dirección política y a los objetivos marcados. El cumplimiento de los objetivos del mandato ha de estar emparejado con niveles adecuados de autonomía y responsabilidad para alcanzarlos, sin temor a represalias políticas, como resultado de un asesoramiento imparcial basado en el conocimiento experto y la libertad de decir la verdad (*speech the truth*).

7º) Se aconseja establecer un mandato temporal desligado del mandato político, así como un sistema de cese por causas objetivas.

8º) Asimismo se recomienda regular los conflictos de interés.

9º) Han de definirse y ofrecerse condiciones de empleo transparentes (remuneración, duración de los contratos, seguridad en el empleo, derechos y obligaciones), teniendo en cuenta los mercados de trabajo externos (del sector privado) e internos.

10º) Es preciso establecer un sistema de supervisión eficaz y mecanismos ágiles y efectivos de presentación y tramitación de las reclamaciones que puedan formularse. Lo que reclama definir la autoridad institucional responsable del

sistema de selección en cada Administración pública y dotarla de un estatus de independencia, objetividad y transparencia.

III. LA DEFINICIÓN DE UN "CANON" OBJETIVO PARA LA CONFORMACIÓN Y RECOGNOSCIBILIDAD DE LA FIGURA DE DIRECTIVO PÚBLICO PROFESIONAL

La propuesta de la OCDE sitúa la figura del directivo público profesional en el ámbito que media entre la dirección política y la Administración, asumiendo que su función consistiría en formular las políticas públicas en consonancia con los ejes de la acción de Gobierno, planificar y movilizar los apoyos necesarios, y ejecutar aquellas de forma eficiente y mensurable a partir de los recursos humanos y materiales que estén bajo su responsabilidad.

En este sentido, desde un punto de vista orgánico, la figura del directivo público podría coincidir con algún nivel de los llamados "órganos directivos" que recoge la LRJSP[35], si bien es cierto que su implantación en el ámbito autonómico se ha movido en la mayoría de las ocasiones -como veremos- en niveles inferiores[36]. En todo caso, parece claro que la figura debería adecuarse en algún nivel de "órgano directivo", dentro de la vigente distinción entre órganos superiores y directivos[37], en el entendido de que los órganos superiores, de clara confianza política del Gobierno, quedarían fuera del ámbito de un Estatuto del directivo público profesional.

Desde un punto de vista funcional, se debería considerar personal directivo solo a aquellos cargos que desarrollan funciones de especial relevancia para la organización, incluyendo el establecimiento y evaluación de objetivos; el diseño, planificación y gestión de proyectos; la dirección de personas y gestión de recursos presupuestarios; así como la participación en la formulación de políticas públicas con algún margen

[35] En concreto, la LRJSP señala como órganos directivos a los Subsecretarios y Secretarios generales, los Secretarios generales técnicos y Directores generales y a los Subdirectores generales. En la organización territorial de la AGE son órganos directivos tanto los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas, con rango de Subsecretario, como los Subdelegados del Gobierno en las provincias, con nivel de Subdirector general. En la Administración exterior del Estado, son órganos directivos los embajadores y representantes permanentes ante Organizaciones internacionales. Asimismo, la LRJSP prevé que los estatutos de los Organismos públicos determinen sus respectivos órganos directivos.

[36] A grandes rasgos, y con carácter general, la franja en la que ubican la figura las Comunidades Autónomas que la han implantado son los puestos de nivel 28 a 30 que median entre una Subdirección y una jefatura de servicio, incluyendo los puestos de coordinación, conservando la designación "política" del nivel de Director General.

[37] La LRJSP cita como órganos superiores a los Ministros y Secretarios de Estado y como directivos al resto de órganos antes citados. Distingue entre ambos al decir que corresponde a los órganos superiores establecer los planes de actuación de la organización situada bajo su responsabilidad y a los órganos directivos su desarrollo y ejecución.

de autonomía y responsabilidad reconocible de acuerdo con parámetros objetivos previamente definidos.

En todo caso, sería precisa la elaboración de un catálogo de puestos directivos que clarifique las funciones profesionales de este tipo de empleo público, lo que no puede hacerse sino mediante las oportunas referencias en las RPT correspondientes.

Tras la definición de estos puestos en la esfera de mando intermedia que estamos considerando, sería necesaria la regulación de aquellos aspectos previos que acrediten las habilidades y competencias directivas, de forma genérica y previa, y sin perjuicio de las pruebas específicas que para el desarrollo de cada puesto concreto se requieran, a quienes pueden desempeñar puestos directivos.

Es una cuestión debatible si dichos nombramientos deben realizarse entre funcionarios públicos (como sostiene la propuesta que en 2018 hizo pública la Federación de Cuerpos Superiores de la Administración General del Estado -FEDECA-, inspirada en el modelo continental francés)[38] o cabe la designación de personal no funcionario que acredite las oportunas competencias, como alguna legislación autonómica ha reconocido expresamente -siquiera sea con carácter excepcional- y es habitual en los modelos comparados (con la excepción del francés), lo que personalmente nos parece plausible, o al menos no descartable sin más.

El procedimiento de selección debe ser público, transparente y competitivo, previa identificación del puesto (y perfil) que se pretende cubrir mediante convocatoria pública.

Como hemos apuntado, la formación específica y la acreditación de competencias directivas debería ser un requisito para poder concursar a un puesto de esa naturaleza. Asimismo, hemos visto que una de las claves del éxito en la selección de los directivos públicos en el Derecho comparado consiste en residenciar la competencia para acreditar el mérito y capacidad de los candidatos y seleccionar a los más idóneos en una autoridad especializada en este cometido, siquiera sea a nivel de propuesta al órgano superior competente para la designación (como la terna que eleva la CReSAP portuguesa).

Es un denominador común en los modelos que hemos analizados que, con independencia de la duración del mandato (punto en el que los modelos difieren enormemente[39]), la ejecutoria del directivo público esté sujeta a la consecución de una

[38] Propuesta que puede consultarse en https://fedeca.es/prensa/presentaci%C3%B3n-de-fedeca-de-su-propuesta-de-estatuto-del-directivo-p%C3%BAblico

[39] La propuesta de la OCDE es que para garantizar la estabilidad del puesto resulta conveniente fijar un período de permanencia superior al del mandato del órgano que procede a la designación, y toma como referencia para ello el mandato de cinco años, superior a una legislatura.

serie de objetivos preconfigurados desde el nombramiento (carta-mandato, contrato programa, etc.), que estén en consonancia con el detalle de los planes y programas anuales y plurianuales que afecten su actividad. Consecuentemente con ello, es habitual sujetar a evaluación continua (anual o/y plurianual) el cumplimiento de dichos objetivos de acuerdo a un modelo de evaluación del desempeño y de rendición de cuentas articulado a partir del grado de cumplimiento del contrato programa, cohonestando los resultados con el reconocimiento de incentivos por productividad o las remuneraciones anuales del puesto, así como ligar el carácter renovable del nombramiento al resultado de la evaluación final del desempeño.

En otro orden, el régimen de cese, que debe ser reconducido a tipos tasados previos que eviten la discrecionalidad política, y el régimen de incompatibilidades debería ser también específico, si bien creemos que deberían modularse las rigideces del régimen ordinario de incompatibilidades de los altos cargos (al que la legislación autonómica que ha desarrollado la figura suele remitirse in totum y acríticamente).

Un último aspecto relevante del Estatuto del directivo público profesional debería ser la configuración de un código deontológico específico. Como sugiere la propuesta de FEDECA antes citada, "*la actuación de los directivos públicos proyecta la imagen de la institución ante la sociedad. Para que esta imagen permita fortalecer la confianza ciudadana en la Administración, resulta esencial someter la actuación de los directivos públicos a un código de conducta que asegure el cumplimiento de los principios de integridad, ejemplaridad, respeto, honestidad, objetividad en la toma de decisiones, profesionalidad, y eficiencia en la gestión*". Por lo demás, la unificación de dicho régimen deontológico aportaría claridad y sistemática a la dispersión de principios, derechos y deberes que deben regir la actuación de los directivos públicos, abordada en nuestro país de forma fraccionaria y no siempre unívoca desde diversos bloques normativos: la legislación de trasparencia y buen gobierno, la legislación antifraude, la de empleo público, la de régimen jurídico del sector público y la legislación de altos cargos.

IV. LOS DESARROLLOS AUTONÓMICOS DEL LEGISLADOR AUTONÓMICO A PARTIR DE LAS PREVISIONES BÁSICAS DEL EBEP Y SU GRADO DE ADECUACIÓN AL "CANON" DESCRITO A PARTIR DE LAS RECOMENDACIONES DE LA OCDE

Según recientes informes de la ODCE, España es el país de los de mayor tamaño de la Unión Europea que tiene una dirección pública con estándares más bajos de profesionalización y con una mayor presencia de la politización y de nombramientos discrecionales en tales estructuras, lo que representa un importante déficit estruc-

tural del modelo de gobierno abierto[40]. Ciertamente, los desarrollos legislativos de la figura en nuestro país son pocos, y tampoco siempre resultan ajustados a las Recomendaciones de la OCDE. Por un lado, el legislador estatal no ha puesto ningún empeño en el desarrollo del artículo 13 del TREBEP para el sector público estatal, hasta la reciente regulación de la figura en el RD-L 6/2023 al que antes nos referimos, aún necesitado de desarrollo reglamentario. Por otro, el legislador autonómico ha abordado una regulación fragmentaria y bastante diversa de la figura, en algunos casos muy alejada del estándar de la OCDE, salvo algunos ejemplos recientes que abordaremos al final de este epígrafe, en el que distinguimos una primera etapa previa a la Recomendación OCDE de 2019 y otra posterior, que representan las más recientes leyes valenciana, vasca y andaluza de función pública.

1. Primera etapa: los desarrollos autonómicos previos a la aprobación de la Recomendación de la OCDE de 2019

La desestructurada legislación estatal a la que nos hemos referido, que condiciona, de un lado, el acceso a la titularidad de órganos directivos a la condición funcionarial y, de otro, establece un sistema sumamente discrecional en la selección y cese de tales puestos, animó a algunas Comunidades Autónomas, en el marco de sus competencias de autoorganización y de desarrollo del régimen jurídico básico de sus empleados públicos a ensayar fórmulas más o menos imaginativas e innovadoras de implantación de la figura del directivo público profesional.

---

[40] Si utilizamos como referencia el porcentaje de ingresos o gasto público respecto al PIB y el porcentaje que representa el empleo público respecto del total, España está en la media de países desarrollados. Según la OCDE también se han cumplido en nuestro país los compromisos de la Alianza Internacional por el Gobierno Abierto (*Open Government Partnership*), a la que España se sumó en 2011. Fruto de estos compromisos, España ha culminado ya cuatro planes estratégicos de gobierno abierto, habiendo aprobado el último en 2020 para el periodo 2020-2024. Sin embargo, nuestro país está a la cola en la profesionalización de la función directiva, que es señalada por la OCDE como una de las claves para avanzar en el fortalecimiento institucional. Tal deficiencia ya se hizo presente en el Informe OCDE *Survey on Strategic Human Resources Management in Government* de 2006, del que puede consultarse una versión actualizada de 2016 en http://www.oecd.org/gov/survey-on-strategic-human-resources-management-2016.pdf, y ha vuelto a relucir en la base de datos elaborada por la unidad especializada de la OCDE sobre *Public Employment and Management working party* (PEM), de libre acceso en http://www.oecd.org/gov/government-at-a-glance-2017-database.htm. Asimismo es de interés el documento *Engaging public employees for a high performing civil service*, Paris, OCDE Publishing, 2016 (https://www.oecd.org/gov/engaging-public-employees-for-a-high-performing-civil-service-9789264267190-en.htm). Si acudimos a otros marcos internacionales de contraste, las conclusiones son parecidas. Así, España recibe una baja valoración de la imparcialidad de los funcionarios públicos en el *Informe sobre Competitividad Global 2017* elaborado por el Foro Económico Mundial (situándose en el puesto núm. 83 de los 137 países analizados). Este resultado se corrobora en los indicadores de efectividad gubernamental elaborados por el Banco Mundial en 2018, en los que España ocupaba un mediocre puesto número 12 de la Unión Europea.

No obstante, esos primeros desarrollos no pudieron tener en cuenta las Recomendaciones de la OCDE fijadas en 2019, ni en general se inspiraron en modelos comparados, definiéndose más internamente en razón de exigencias de la gestión de cada Administración concernida.

Por orden cronológico destaca, en primer lugar, la pionera Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, que desarrolló la categoría del "directivo público" pocos días antes de la aprobación del EBEP, pero a la luz del art. 13 del mismo, abriendo la posibilidad a que personal no empleado público pudiese desempeñar funciones directivas. A tal efecto, la Ley establece la posibilidad de configurar la naturaleza directiva de determinados puestos en las correspondientes Relaciones de Puestos de Trabajo (fijando dicha condición, en todo caso, para los puestos de nivel 30 y los que impliquen jefatura de departamento o de servicio cuando tienen dependencia directa del órgano superior o directivo al cual están adscritos), que atribuirían a los mismos funciones de dirección, programación, coordinación, impulso y evaluación de la actuación administrativa o técnica, en los distintos ámbitos de la Administración. Según el art. 35 de la Ley balear, los puestos de trabajo de naturaleza directiva requieren para su ocupación el diploma de personal directivo expedido por la Escuela Balear de Administración Pública u otro homologado por ésta, estando sujetos quienes obtengan dicho diploma a los sistemas de evaluación del cumplimiento regulados en la propia Ley.

Posteriormente, la Ley 1/2014, de 18 de febrero, de regulación del estatuto de los cargos públicos del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura definió la figura del personal directivo que dichos puestos pudieran ser desempeñados en virtud de contratos sometidos a la relación laboral de alta dirección, para aquellos casos en los que las normas generales de función pública de Extremadura así lo prevean para los funcionarios, docentes o personal laboral. Posteriormente, la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura (arts. 20 a 25) incluyó la rendición de cuentas como elemento íntimamente ligado a la carrera horizontal y al grado de desempeño del personal directivo. Asimismo, la legislación extremeña establece la disposición de objetivos y el resultado de la evaluación del desempeño como elementos relacionados con la remuneración de directivos, al tiempo que reconoce la situación de servicios especiales al personal sometido a la relación laboral de alta dirección.

Por su parte, la Comunidad de Castilla-La Mancha aprobó mediante Decreto 215/2019, de 30 de julio, del Estatuto de la Dirección Pública Profesional de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, que desarrolla las previsiones que sobre el personal directivo profesional contenía la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de dicha Comunidad Autónoma. La figura se ca-

lifica como un elemento decisivo para la modernización administrativa, sometiendo su selección a requisitos y procedimientos específicos, y su gestión a al cumplimiento de objetivos y control de resultados en función de su grado de consecución[41]. En Castilla la Mancha, los directivos públicos profesionales dependen de los titulares de las Consejerías y pueden ubicarse en los servicios centrales y en el sector público instrumental. Su selección se sujeta a requisitos y procedimientos específicos de acreditación de competencias mediante una certificación expedida por la Escuela de Administración Regional o entidad homóloga, o la acreditación de estar en posesión de un Master en Dirección pública profesional. Asimismo, se somete su gestión a al cumplimiento de objetivos y control de resultados en función de su grado de consecución.

Una peculiaridad reseñable de la Ley Castellano manchega es la exclusión de la figura de los ámbitos de la sanidad y educación no universitaria, lo que ha sido secundado posteriormente por otras Comunidades Autónomas en vistas de las regulaciones sectoriales existentes en estos campos relativas a las funciones gerenciales y directivas propias de esos sectores.

En el ámbito de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Canarias, la Resolución de 14 de noviembre de 2019 dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Gobierno canario que dicta Instrucciones a los representantes del Gobierno en las Juntas Generales y Consejos de Administración de las sociedades mercantiles públicas relativas al personal directivo de dichas sociedades. Esta disposición, de ínfimo rango, se ampara en la legislación canaria de Transparencia y Acceso a la información pública, en la legislación autonómica sobre sociedades mercantiles dependientes o vinculadas a la Administración insular y en el Decreto 68/2015,

[41] La Ley 4/2011, de 10 de marzo, no identificó directamente ningún puesto de carácter directivo, pero facultó al Gobierno autonómico para que, a través de la correspondiente relación de puestos de trabajo, determinase qué puestos tienen ese carácter, limitándose a señalar que los puestos directivos debían ser desempeñados por personal funcionario de los subgrupos A1 o A2 de cualquier Administración pública o, excepcionalmente, por personas que no provengan de la función pública. Junto a ello, la Ley 4/2011 exigió acreditar competencias directivas, habilitando al desarrollo reglamentario para determinar cuándo aquéllas deben entenderse acreditadas. De acuerdo con ello, el citado Decreto 215/2019 establece los requisitos que deben cumplirse para que un puesto de trabajo pueda ser calificado como personal directivo en las RPT, regulando a su vez las formas en que se han de acreditar las competencias directivas, previéndose básicamente dos: a través de la formación específica sobre dirección pública –ya sean cursos de formación organizados por Administraciones públicas o títulos oficiales de Máster o postgrado– o a través de la experiencia profesional por el desempeño de puestos directivos o asimilados. Por otro lado, se establecen las normas para la provisión de dichos puestos mediante procedimientos que garanticen la publicidad y la concurrencia. Respecto del Estatuto del personal directivo, se prevé el régimen de responsabilidad del cumplimiento de los objetivos asignados; la forma en que se determinan esos objetivos, contemplándose la figura de un programa de gestión anual; así como los indicadores que permiten evaluar su cumplimiento con carácter anual y las consecuencias de esa evaluación, incluyendo las retributivas en función del grado de cumplimiento de los objetivos señalados.

de 30 de abril, por el que se establece el marco general para la innovación y mejora de los servicios públicos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, para establecer un modelo de selección del personal directivo limitado a las sociedades mercantiles del sector público canario basado en la acreditación de capacidades y experiencia previa en la gestión y en la evaluación periódica de resultados a partir de un programa de gestión que tendrá su origen en el plan organizativo y de funcionamiento que los candidatos seleccionados hayan presentado y defendido en las pruebas de selección.

2. Segunda etapa: las leyes Vasca, Valenciana y Andaluza como modelos más recientes y ajustados al estándar internacional

Con estos precedentes, las más recientes Leyes de función pública valenciana (de 2021), Vasca (2022) y Andaluza (2023) han contemplado un Título específico para regular la figura que, en términos generales, se ajusta más a las recomendaciones de la OCDE, que han podido ser tenidas en cuenta *ratione tempore* en sus respectivos procesos de elaboración y aprobación.

A. La Ley 4/2021, de 16 de abril, de la Función Pública Valenciana.

El capítulo II del Título III de la Ley valenciana (arts. 21 a 27) regula como novedad en esa Comunidad Autónoma a los directivos públicos profesionales, que serán los titulares de los puestos "que desarrollan funciones directivas profesionales" (art. 21.1), y que se designarán para la Generalidad valenciana y los organismos autónomos y consorcios adscritos a ella, si bien lo hace refiriéndose particularmente al personal directivo que tenga la condición de personal funcionario de carrera, dejando al desarrollo reglamentario la regulación del régimen jurídico concreto del personal directivo que carezca de dicha condición, sin perjuicio de la aplicación al personal laboral directivo los principios contenidos en el referido capítulo que sean susceptibles de ello. Igualmente, la Ley excluye de su ámbito de aplicación al personal directivo de los centros e instituciones sanitarias del servicio valenciano de salud, los centros docentes no universitarios y los servicios educativos de la Comunitat Valenciana, al personal de las entidades del sector público instrumental (excepto sus organismos autónomos y consorcios), de las instituciones estatutarias de autogobierno, las entidades locales y las Universidades públicas valencianas. Todas estas entidades se regirán por su normativa específica, siéndoles de aplicación supletoria las disposiciones contenidas en la ley de función pública valenciana sobre esta materia. Asimismo, la Ley excluye del ámbito de aplicación de la nueva figura los puestos de nivel directivo que tengan la consideración de alto cargo conforme a la legislación valenciana

Los puestos de trabajo que integran la dirección pública profesional deberán estar expresamente establecidos en el Decreto de organización de la Conselleria u organismo a la que estén adscritos y se incluirán en una relación de puestos de trabajo (RPT), aprobada por la Consellería competente en materia de función pública, específica, diferenciada de la relación que incluya la totalidad de puestos de trabajo de naturaleza funcionarial, laboral y eventual. A tal efecto, en la citada RPT se dejará constancia expresa, al menos, de: la denominación del puesto de trabajo; su adscripción orgánica; los requisitos generales para la provisión del puesto; los requisitos específicos del puesto, relacionados con las competencias profesionales requeridas para el desempeño del mismo; las retribuciones asignadas y la concreción de sus funciones.

En la Conselleria competente en materia de función pública existirá un Registro de Personal directivo público profesional en el que figurará inscrito todo el personal que ejerza o haya ejercido este tipo de puestos o funciones, con su currículum y demás datos de interés profesional.

Orgánicamente, los puestos de trabajo que conforman la dirección pública profesional se sitúan bajo los órganos que asuman la dirección política de cada nivel de gobierno, no pudiendo existir puestos de la dirección pública profesional dependientes o situados bajo otros puestos de dicha naturaleza (art. 22.2).

La Ley valenciana considera funciones directivas de carácter ejecutivo susceptibles de ser desempeñadas por personal directivo público profesional, las siguientes: a) las referidas al establecimiento y evaluación de objetivos; b) la participación en la formulación y ejecución de programas y de políticas públicas adoptadas por los niveles de dirección política; c) la planificación, coordinación, evaluación, innovación y mejora de los servicios y proyectos de su ámbito competencial; d) la dirección de personas, gestión de recursos y ejecución del presupuesto en el ámbito de sus competencias; e) la asunción de un alto nivel de autonomía y de responsabilidad en el cumplimiento de sus objetivos (art. 22.1). Todo ello sin perjuicio de que la RPT específica a la que nos referíamos detalle las funciones propias de cada puesto.

Los requisitos de acceso a los puestos de trabajo que integran la dirección pública profesional valenciana son: a) estar en posesión de una titulación universitaria de grado o equivalente; b) la acreditación de la experiencia y conocimientos necesarios para el desempeño del puesto; c) ser funcionario de carrera de los cuerpos o escalas del grupo A, subgrupo A1; d) tener reconocido al menos un nivel 24 (art. 23). Asimismo, se prevé que los funcionarios que accedan a dicha condición permanezcan en la condición de servicio activo una vez nombrados.

En lo que afecta a la acreditación de los conocimientos directivos requeridos, la Ley dispone que sea Escuela Valenciana de Función Pública quien diseñe, convoque y homologue las acciones de formación precisas de conformidad con la normativa

que resulte de aplicación y de acuerdo con las directrices que al respecto establezca la Conselleria competente en materia de función pública (art. 104).

Respecto del procedimiento de designación, el art. 24 de la Ley establece que el nombramiento de este personal atenderá a los principios de publicidad, mérito y capacidad, así como al de transparencia, y a criterios de idoneidad de las personas, aspirantes a los puestos a cubrir.

De tal modo, los puestos de trabajo reservados a personal directivo profesional serán objeto de convocatoria pública, especificándose en la misma las características y competencias profesionales exigidas para su provisión, así como los criterios de idoneidad en función de los cuales se realizará la selección de la persona adecuada.

El nombramiento corresponderá a la persona que ostente la titularidad de la presidencia de la Generalitat o Conselleria a la cual esté adscrito el puesto de trabajo, bien directamente o bien en virtud de sus organismos dependientes. La misma resolverá, bien su adjudicación a la persona que considere que cumple mejor los criterios de idoneidad para el puesto, bien que se declare desierto, aun existiendo personal que reúna los requisitos exigidos, si considerara que ninguno cumple los criterios de idoneidad para su desempeño. Por tanto, no se contempla la existencia de un órgano colegiado independiente que participe en la selección. En todo caso deberá ser motivada, justificando que la persona nombrada reúne los requisitos de idoneidad específicos contemplados en la convocatoria y que es la candidata adecuada para el puesto por sus conocimientos y experiencia.

La Ley regula asimismo lo que denomina "responsabilidad por la gestión" del directivo público profesional (art. 26), estableciendo que los titulares de estos puestos estarán sujetos a evaluación periódica con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con las metas y objetivos que les hayan sido fijados, que podrán ser redefinidos en función de las políticas públicas que impulsen.

En el sistema para la evaluación de sus resultados se tendrán en cuenta, en todo caso, los siguientes criterios: a) establecimiento y evaluación de objetivos; b) diseño, planificación y gestión de proyectos; c) dirección y gestión de personas, y, d) gestión de recursos materiales, financieros o tecnológicos.

Además del acuerdo de nombramiento, se concretará un acuerdo- programa en el que se fijarán los objetivos, los recursos y las facultades que se asignan o reconocen al personal directivo público profesional.

Desde el punto de vista de sus remuneraciones, se prevé que el acuerdo de nombramiento pueda establecer un sistema de incentivos por los resultados obtenidos en

la gestión, mediante un sistema de retribuciones variables vinculada a la consecución de los objetivos fijados.

El régimen de incompatibilidades del personal directivo público profesional será el establecido para los altos cargos de la administración de la Generalitat, sin que ello suponga la consideración de los directivos públicos profesionales como alto cargo.

De acuerdo con lo previsto en la legislación básica de empleo público, la Ley valenciana señala que la determinación de las condiciones de trabajo del personal directivo público profesional no será materia obligatoria de negociación colectiva (art. 188).

El cese en los puestos que integran la dirección pública profesional tendrá carácter discrecional, y no dará derecho a indemnización alguna, si bien podrá producirse, asimismo, por renuncia del propio personal. Al personal funcionario cesado se le reconocerán análogas garantías a las previstas en esta ley para el personal funcionario que cesa en puestos de trabajo provistos por el procedimiento de libre designación.

Finalmente, la Ley difiere a la regulación reglamentaria los demás aspectos de su régimen jurídico, de su sistema de nombramiento, así como la organización, contenido y funcionamiento del Registro de personal directivo público profesional (previsto en el artículo 24).

B. La Ley 11/2022, de 1 de diciembre, de Empleo Público Vasco.

La regulación de la figura del directivo público profesional que hace la Ley vasca es la más ambiciosa y completa de cuantas se han aprobado hasta el momento en nuestro país, aunque -como se dirá- tiene algún desajuste respecto del modelo OCDE. Con algún precedente legislativo para el ámbito del sector instrumental vasco[42], el Título III de la Ley (arts. 31 a 39) ordena con detalle la dirección pública profesional para todas las Administraciones Públicas vascas, incluyendo las Entidades forales y las locales; si bien, en estos casos prevalecerá su legislación específica

[42] La Ley 14/1988, de 28 de octubre, de retribuciones de altos cargos, ya distinguía entre el régimen de los altos cargos de la Administración y el de los "puestos directivos" de las sociedades públicas y demás entes públicos de derecho privado de la Comunidad Autónoma vasca. Cabe mencionar, asimismo, que la Ley 1/2014, de 26 de junio, Reguladora del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos, incluía en su ámbito de aplicación al personal directivo perteneciente al sector público de la Comunidad Autónoma del País Vasco y a las personas designadas por el Gobierno Vasco o por un cargo público para ocupar un cargo de dirección o administración en entidades de naturaleza y capital mayoritariamente privado o en cualquier otra entidad en que su control corresponda a varias Administraciones públicas o a sus respectivos sectores públicos.

(Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi), teniendo la nueva Ley de empleo público carácter supletorio de aquélla.

Por su parte, el personal docente no universitario y el personal estatutario del Servicio Vasco de Salud también se rige por esta Ley en lo que afecta regulación del personal directivo público profesional, sin perjuicio de la aplicación de las especialidades previstas para este personal en su legislación sectorial (art. 3.4).

La dirección pública profesional se define como aquel conjunto de puestos de trabajo que cada Administración pública vasca determina de tal naturaleza en uso de sus potestades de autoorganización.

Orgánicamente, los directivos públicos profesionales vascos ocupan un escalón intermedio único entre el alto cargo político y los servicios ordinarios, disponiendo la Ley que no podrán existir puestos de la dirección pública profesional dependientes o situados bajo otros puestos de dicha naturaleza[43], con la excepción de los entes públicos de Derecho privado y las entidades instrumentales adscritas al sector público (art. 31.3)[44]. En consecuencia, la Ley dispone que no forman parte de la dirección pública profesional los puestos a cuyos titulares les resulte de aplicación el Estatuto jurídico del personal alto cargo, aunque sí se les aplique a los directivos profesionales el régimen de incompatibilidades y el Código ético que corresponde a los altos cargos (Disposición adicional decimotercera).

Por lo que respecta al personal laboral -no funcionario- de carácter directivo, la Ley establece su sujeción a "una relación laboral de carácter especial de alta dirección" y obliga a su designación conforme "a los principios establecidos en esta ley". Asimismo, al personal directivo laboral le será de aplicación lo dispuesto en la Ley en materia de evaluación del desempeño, de retribuciones variables y de determinación de las condiciones de empleo del personal directivo público profesional.

[43] La Disposición adicional décima de la Ley precisa que podrán tener la consideración de puestos directivos en el ámbito de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Euskadi y sus organismos autónomos, los puestos de personal subdirector general y delegado territorial de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

[44] La citada Disposición adicional décima señala que tendrán la consideración de puestos directivos en el ámbito de los entes públicos de derecho privado y de las demás entidades integrantes del sector público de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi los puestos directivos de dichos entes instrumentales con responsabilidad directiva. A estos efectos, se calificará como directivo el puesto que ostente una determinada posición jerárquica y de responsabilidad que le posibilite gestionar sectores concretos de las citadas organizaciones bajo las exclusivas directrices de los órganos de gobierno de la correspondiente entidad o del personal alto cargo de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi, o cuando exista un apoderamiento estatutario que denote amplios poderes respecto de la administración pública o entidad correspondiente, y siempre que así se haya determinado en el correspondiente instrumento de ordenación.

Los puestos de trabajo que integran la dirección pública profesional de las Administraciones públicas vascas podrán ser provistos bien por su propio personal funcionario o laboral, bien por personal ajeno a ellas, incluso ajeno a otra Administración pública. Exigiéndose en todo caso que los aspirantes se encuentren en posesión de una titulación universitaria de grado o equivalente a los efectos de acceso al empleo público y con la correspondiente acreditación de sus competencias directivas; tarea que le corresponde al Instituto Vasco de Administración Pública (IVAP).

La conformación de los puestos de directivo público profesional ha de hacerse conforme a los instrumentos de ordenación de los puestos de trabajo de naturaleza directiva que define la Ley. A tal efecto, las administraciones públicas vascas y sus entidades instrumentales deberán elaborar una "monografía" por cada puesto de naturaleza directiva que se cree en la correspondiente estructura. Esta monografía deberá determinar las funciones asignadas al puesto de trabajo, así como las competencias profesionales específicas requeridas para el correcto desempeño de sus tareas. A su vez, esas competencias profesionales se estructurarán, al menos, en los siguientes apartados: a) conocimientos mínimos exigidos, b) experiencia profesional mínima en puestos de trabajo del mismo o similar ámbito funcional, así como, en su caso, los programas de formación que serán valorados en el proceso de provisión del puesto directivo; y c) otras competencias vinculadas con el correcto desempeño de cada concreto puesto de trabajo que se ofrezca bajo esta condición directiva.

Junto a la memoria de cada puesto existe un instrumento general -una suerte de RPT específica y *ad hoc* para este personal- que la Ley denomina "instrumento de ordenación de puestos de trabajo de naturaleza directiva", que ha de aprobar el órgano competente de cada Administración pública vasca. Dicho documento tendrá carácter público y será publicado en el boletín oficial correspondiente. En el mismo se dejará constancia expresa de los siguientes datos: a) denominación del puesto de trabajo; b) requisitos generales para su provisión, entre los que deberá especificarse si se reserva a personal funcionario de carrera o laboral fijo de la Administración de la que dependa dicho puesto, si se encuentra abierto a personal de otras Administraciones o, incluso, a quienes no tienen la condición de empleados públicos; c) requisitos específicos del puesto, relacionados con las competencias profesionales requeridas para su desempeño; d) en los casos en que tales puestos se adscriban a funcionarios, ha de indicarse también el grado personal consolidado requerido asimismo para su cobertura; e) el perfil lingüístico del puesto; f) el régimen de retribuciones fijas, complementarias y el porcentaje máximo de las retribuciones variables que se podrán percibir en el caso de superar o alcanzar los objetivos previstos; y, g) el período de desempeño del puesto, que no podrá ser inferior a 5 años.

Respecto de las funciones generales que corresponde desempeñar a los directivos profesionales, el artículo 33 de la Ley establece las siguientes, sin perjuicio de su concreción en los instrumentos de ordenación antes consignados: a) el establecimiento y la evaluación de objetivos; b) la participación en la formulación y la ejecución de los programas y de las políticas públicas adoptadas por los niveles de dirección política; c) la planificación, la coordinación, la evaluación, la innovación y la mejora de los servicios y los proyectos de su ámbito competencial, bajo la inmediata supervisión de los órganos de la dirección política; d) la dirección de las personas, la gestión de los recursos y la ejecución del presupuesto en el ámbito de sus competencias; e) la asunción de "un alto nivel de autonomía y de responsabilidad" en el cumplimiento de sus objetivos, ajustándose a las directrices generales establecidas por los órganos de gobierno de las respectivas administraciones públicas vascas; y f) la contribución esencial a la puesta en marcha y desarrollo de las políticas públicas.

Por otra parte, la Ley pone especial atención en el procedimiento de designación del personal directivo público profesional, basado en los principios de mérito, capacidad e idoneidad, publicidad y concurrencia, así como a la idoneidad de las personas aspirantes a los puestos a cubrir, mediante el sistema de acreditación previa de competencias profesionales previsto en la Ley. El procedimiento de provisión es, por tanto, meritocrático, prohibiéndose expresamente para estos puestos la libre designación (art. 102.2). No obstante, la Ley no contempla la intervención en el proceso de selección de un órgano independiente, tal y como recomienda la OCDE, aunque al estar el afinamiento del sistema de selección diferido al desarrollo reglamentario no cabe descartar, como sería deseable, que se incorporase esta garantía.

Los puestos de trabajo reservados al procedimiento de designación de personal directivo público profesional serán objeto de convocatoria pública, especificándose en la misma las características y competencias profesionales exigidas para su provisión, conforme a lo establecido en los instrumentos de ordenación antes citados. La convocatoria se publicará en el Boletín oficial correspondiente y se difundirá a través de cualquier medio que garantice la publicidad y la concurrencia de diferentes aspirantes.

El Gobierno vasco establecerá mediante Decreto la normativa por la que se regule el procedimiento de acreditación de competencias profesionales, la evaluación de las mismas, los criterios de designación y nombramiento del personal directivo público profesional y las circunstancias de su cese, con respeto, en todo caso, al principio de autonomía foral, local y universitaria en relación con dicho ámbito. En este extremo cobra un protagonismo principal el IVAP, a quien corresponde diseñar, organizar y evaluar los programas de formación del personal directivo público profesional, tanto los dirigidos a obtener las competencias necesarias para el desempeño

de tales puestos como los dirigidos al desarrollo de competencias directivas (art. 88). Y, además, es el organismo competente para acreditar las competencias del personal directivo profesional de todo el personal perteneciente a las Administraciones vascas (art. 22).

La ejecutoria de los directivos públicos profesionales se rige por los principios de responsabilidad por la gestión y evaluación de resultados (art. 38). En este punto, la Ley prevé que su gestión se evalúe con arreglo a criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad y control de resultados, en relación con los objetivos que les hayan fijado. Los resultados en la gestión se evaluarán por el órgano superior en la jerarquía -que será siempre un alto cargo- o por aquellas personas que, por su posibilidad de observación y constatación, cumplan con los criterios de fiabilidad, objetividad, imparcialidad y evidencia en sus evaluaciones, o por el órgano de gobierno correspondiente. En la evaluación de los resultados se tendrán en cuenta especialmente los siguientes criterios: a) establecimiento y evaluación de objetivos; b) diseño, planificación y gestión de proyectos; c) dirección y gestión de personas; y, d) gestión de recursos materiales, financieros o tecnológicos.

A tal efecto, en el acuerdo de nombramiento se podrá establecer un sistema de incentivos por los resultados obtenidos en la gestión, mediante la incorporación de un sistema de retribuciones variables a través de un complemento de cumplimiento de objetivos, que oscilará en su cuantía en función de los resultados. Dicho complemento no podrá, en ningún caso, ser de cuantía fija, ni ser inferior al 5% ni superar el 15% del total de retribuciones del puesto de trabajo, excluidos, en su caso, el complemento de carrera profesional del personal funcionario y la antigüedad (art. 126).

Otros aspectos del régimen jurídico de este personal que la Ley regula son los relativos a la relación de servicios y situaciones administrativas que afecta a esta tipología de personal (art. 39.2), donde la Ley intenta favorecer la permanencia del servicio activo (en régimen de excedencia forzosa) con reserva de puesto de trabajo y la consolidación del nivel administrativo y antigüedad, para potenciar el acceso a la condición de directivo (art. 39 y Disposición transitoria quinta).

En este orden de consideraciones, es de destacar que la condición de directivo público profesional se considera una situación administrativa más, regulada en el art. 140 de la Ley, que permite a dicho personal mantener la vinculación con su administración de origen, con respeto de sus derechos a mantener la reserva del puesto de procedencia y a progresar en la carrera profesional.

En todo caso, el personal empleado público de la Administración pública convocante tendrá derecho a participar en igualdad de condiciones en las convocatorias de provisión de puestos de trabajo o en los procedimientos de designación de perso-

nal directivo que se oferten a personal empleado público de otras Administraciones públicas (art. 118).

Finalmente, es de interés consignar que el Título XII de la Ley vasca tipifica infracciones y sanciones específicas para este personal.

C. La Ley 5/2023, de 7 de junio, de la Función Pública de Andalucía.

Finalmente, la más reciente Ley autonómica en aprobarse en materia de función pública, la Ley andaluza 5/2023, de 7 de junio, regula la figura del directivo público profesional dotándola de singularidades que se apartan en algún punto de los precedentes autonómicos que venimos de analizar; si bien es cierto que en su procedimiento de aprobación se han tenido muy presentes los modelos comparados más avanzados que han influenciado algunas de las soluciones finales de la Ley, también son apreciables algunas cautelas impuestas por las negociaciones parlamentarias los sectores directamente interesados, especialmente los sindicatos. El resultado es una regulación con aciertos indudables, pero también con ciertas lagunas y autolimitaciones en lo que afecta a su alcance y aplicación y, en general, un excesivo nivel de vaguedad que difiere muchas cuestiones cruciales al desarrollo legal y reglamentario. Asimismo, el legislador andaluz ha sido sumamente prudente con el impacto que pueda tener la figura en la conformación actual de las plantillas, hasta el punto de prever que la transformación de los cargos y puestos actuales a puestos de dirección pública profesional se realizará de forma progresiva, y evaluando periódicamente la eficacia y agilidad de los procesos de cobertura de puestos que inicialmente se hubieran transformado, de acuerdo con lo que determine una futura Ley el Estatuto del personal directivo público profesional, en el plazo máximo de cinco años desde la aprobación la Ley (Disposición transitoria cuarta). Pese a ello, hay que reconocer que incorpora novedades muy enderezadas al seguimiento del modelo OCDE, como la de dar entrada parcial a la figura en el terreno de los altos cargos o la pionera regulación de una Comisión independiente de expertos encargada de las tareas de selección y propuesta de los nombramientos del personal directivo profesional.

La ley andaluza comienza reconociendo en el frontispicio de su Exposición de Motivos que uno de los principales objetivos de la reforma de la función pública que la misma preconiza es "*regular dentro de la organización de la Administración la figura del personal directivo público profesional, con un estatuto propio que será objeto de posterior desarrollo reglamentario, que ocupa aquellos puestos cuyo trabajo consiste en definir, planificar, garantizar y coordinar el correcto desarrollo de las estrategias y actuaciones a seguir dentro de su unidad administrativa, de acuerdo con la acción de gobierno, impulsando la calidad institucional y los valores públicos*".

A tal efecto, su Título II, "de la dirección pública profesional" regula esta nueva categoría de personal que define como aquella "*formada por un conjunto de personas que*

son claves para el buen funcionamiento de la Administración". Ya que, *"por una parte, canalizan las relaciones entre el espacio político y el espacio administrativo y, por otra, movilizan a las personas que integran este espacio administrativo. Por tanto, constituyen un elemento esencial para que la Administración cumpla sus funciones al servicio del bien común y de la ciudadanía, y, para su mejor funcionamiento, es preciso profesionalizar este sistema".*

Como apuntábamos, la Ley difiere de partida la aprobación del régimen jurídico de este personal a una futura "Ley del Estatuto del personal directivo profesional" (art. 19.2), por lo que los aspectos del régimen jurídico de dicha figura que la propia Ley andaluza de función pública configura quedan de algún modo al albur de dicha regulación futura y del principio de *lex posterior*, lo que no deja de suponer una anomalía que genera cierta inseguridad.

Dentro de la organización de la Administración General de la Junta de Andalucía, la Ley afirma que tendrán la consideración de personal directivo público profesional aquellas personas que desempeñen los puestos de estructura orgánica de las distintas Consejerías de la Junta de Andalucía y sus Agencias administrativas, que así se cataloguen en la relación de puestos de dirección pública profesional que haya de aprobarse.

La Ley se declara aplicable (Disposición adicional trigésimo sexta), aunque con carácter supletorio y en defecto de regulación específica, personal de la Junta de Andalucía: a) el personal directivo y los puestos directivos de los centros e instituciones sanitarias del Servicio Andaluz de Salud; b) el personal directivo y los puestos directivos de los centros docentes no universitarios y servicios educativos; c) el personal directivo y los puestos directivos de las Agencias públicas empresariales, Agencias de régimen especial y entidades instrumentales privadas del sector público instrumental. Asimismo, cuando su normativa específica así lo establezca (y no ya, por tanto, con carácter supletorio) el Título II será también de aplicación al personal directivo y los puestos directivos del Defensor del Pueblo Andaluz, de la Cámara de Cuentas de Andalucía, de la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción, del Consejo Consultivo de Andalucía, del Consejo Económico y Social de Andalucía, del Consejo de la Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, así como de aquellas otras entidades públicas con personalidad jurídica propia a las que se otorgue autonomía orgánica y funcional respecto de la Administración de la Junta de Andalucía.

A diferencia de otras leyes autonómicas, nada dice expresamente la Ley de su aplicación a las Entidades Locales andaluzas y a las Universidades públicas de Andalucía, si bien podría entenderse que la regulación del directivo público profesional también sería supletoriamente aplicable a estos casos, sin perjuicio de las especialidades que para dicho personal establece la legislación aplicable a esas Administraciones

-dotadas de autonomía institucional- a la luz de la cláusula genérica de supletoriedad contenida en el art. 3 de la Ley[45].

Una destacada singularidad de la Ley, frente a los precedentes autonómicos más cercanos, es que define dos tipos de puestos para el personal directivo público profesional: los puestos a desempeñar por personal directivo público profesional alto cargo (con condición o rango de Director general, nombrados por el Consejo de Gobierno), que directamente determina la Ley con alcance ciertamente reducido[46],

[45] Según el citado precepto, la ley es también de aplicación a:

a) El personal funcionario docente no universitario y el personal estatutario del Servicio Andaluz de Salud. Este personal se rige por su normativa específica y, en lo no previsto en la misma, le resulta de aplicación supletoria esta ley, salvo en aquellas materias expresamente exceptuadas por la normativa estatal de carácter básico.

b) El personal de la Administración de Justicia competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Este personal se rige por su normativa específica y, cuando dicha normativa así lo disponga, le resultará de aplicación esta ley.

c) El personal de las Universidades públicas de Andalucía.

El personal funcionario docente se rige por su normativa específica y, en lo no previsto en la misma, le resulta de aplicación esta ley, salvo en aquellas materias expresamente exceptuadas por la normativa estatal de carácter básico, con respeto en todo caso a la autonomía universitaria.

El personal funcionario y laboral de administración y servicios se rige por su normativa específica y, en lo no previsto en la misma, le resulta de aplicación esta ley. El personal laboral se rige además por la legislación laboral y los convenios colectivos que resulten de aplicación.

d) El personal al servicio de las Administraciones locales del territorio de Andalucía y de las entidades públicas dependientes de las mismas, con respeto en todo caso a la autonomía local y a la legislación básica estatal de aplicación directa al régimen específico de la función pública local.

e) El personal de la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción, del Consejo Consultivo de Andalucía, del Consejo Audiovisual de Andalucía, del Consejo Económico y Social de Andalucía, del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, así como de aquellas otras entidades públicas con personalidad jurídica propia a las que se otorgue autonomía orgánica y funcional respecto de la Administración de la Junta de Andalucía. Se rige por su normativa específica y, en lo no previsto en la misma, le resulta de aplicación esta ley, con respeto en todo caso a dicha autonomía orgánica y funcional.

f) El personal investigador definido como tal en su legislación específica. Se regirá por esta ley y, en su caso, por las normas singulares que se dicten para adecuarla a sus peculiaridades.

g) El personal eventual le será aplicable el régimen general del personal funcionario de carrera de esta ley, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición.

Asimismo, el apartado 2º de dicho precepto tan solo excluye expresamente del ámbito de aplicación de la Ley al personal alto cargo, a los contratistas y concesionarios; mientras que el apdo. 3º señala que la Ley solo se aplicará por remisión expresa de otra norma ("cuando así lo disponga su legislación específica") al siguiente personal al servicio del Parlamento de Andalucía, del Defensor del Pueblo Andaluz y de la Cámara de Cuentas de Andalucía.

[46] Se catalogan como puestos a desempeñar por personal directivo público profesional alto cargo exclusivamente los correspondientes a los titulares de los siguientes órganos directivos centrales o periféricos: a) las Secretarías Generales técnicas; b) las Direcciones Generales que tengan como ámbito competencial específico la inspección, el control económico-financiero, los tributos, la asistencia jurídica o los recursos humanos; y, c) las Delegaciones provinciales o territoriales para las que una norma legal o los Decretos por los que se aprueben las estructuras orgánicas de las Consejerías así lo establezcan. Para desempeñar puestos de directivo público profesional "alto cargo" será necesario poseer una titulación universitaria de grado o

de un lado; y, de otro, los puestos directivos reservados a personal funcionario de carrera, personal estatutario o laboral fijo que carecen de dicha condición de alto cargo y que se determine (a partir del rango de subdirector, que se nombrarán por la persona titular de la Consejería en la que se integran o a la que se vinculan)[47]. Ambas categorías dependen directamente de los órganos de dirección política de cada nivel de Gobierno. Pero la concreción de las mismas, más allá de los directivos profesionales altos cargos que la Ley designa directamente (que en gran medida también habrá que concretar orgánicamente), se difiere a relación de puestos de dirección pública profesional que ha de aprobar la Consejería competente en materia de función pública. En dicha RPT, cada puesto además de su denominación tendrá descritas las características, los requisitos y competencias necesarias para su adecuado desempeño y sus retribuciones de acuerdo con lo que determine el Estatuto del personal directivo público profesional (art. 19).

Respecto de las funciones que están llamados a desempeñar, el artículo 20 de la Ley andaluza dispone que al misión general de este personal es *"definir, planificar y garantizar el correcto desarrollo de las estrategias y actuaciones a seguir, dentro de su unidad administrativa y en coordinación con las demás, de acuerdo con la acción de gobierno y las prioridades políticas fijadas, impulsando la calidad institucional y los valores públicos, respetando en todo momento el marco legal establecido, los criterios de eficacia, eficiencia, transparencia y ética en la gestión pública, así como los principios de profesionalidad, imparcialidad e integridad en el ejercicio de sus responsabilidades. Implica la realización de actuaciones que, en el ejercicio de competencias propias o delegadas, conllevan la exigencia de especial responsabilidad y competencia técnica y directiva"*. Lo que se traduce en el desempeño, entre otras posibles, de las siguientes funciones que enuncia el precepto mencionado: a) participar en la definición de las

equivalente, así como acreditar las competencias profesionales, la experiencia y los conocimientos necesarios de acuerdo con las previsiones de esta ley y de las disposiciones que la desarrollen. Este personal no pierde su consideración de alto cargo y sigue sujeto, además, a su regulación específica. Asimismo se prevé que, reglamentariamente, podrán excluirse de los órganos centrales o periféricos aquellos que, por ser de especiales características para el desarrollo de unas determinadas políticas, podrán no ser desempeñados por personal directivo público profesional.

[47] La Ley preconfigura como puestos a desempeñar por personal directivo público profesional funcionario de carrera o laboral fijo (no "alto cargo") los que dependan directamente de cualquier órgano directivo central o periférico, cuyo desempeño requiera el nombramiento de sus titulares mediante decreto o acuerdo del Consejo de Gobierno o de los puestos de personal directivo público profesional de alto cargo, y que tengan atribuidas funciones calificadas como directivas, de acuerdo con lo preceptuado en la presente ley y en el Estatuto del personal directivo público profesional. Reglamentariamente, se determinarán aquellos que, por ser de especial asesoramiento y colaboración personal, no tengan que ser desempeñados por personal directivo público profesional. A estos puestos podrán acceder quienes, teniendo la condición de personal funcionario de carrera o laboral fijo que requiera cada puesto, tengan la titulación universitaria requerida para el acceso a cuerpos de personal funcionario del Grupo A, y cuyas competencias profesionales sean acreditadas de acuerdo con las previsiones de esta ley y de las disposiciones reglamentarias que la desarrollen.

políticas públicas de su ámbito, de acuerdo con las directrices del órgano superior y del Gobierno, garantizando su adecuación a la realidad y su viabilidad práctica; b) llevar a cabo la planificación estratégica correspondiente con las políticas públicas, fijar sus objetivos operativos y gestionar el cambio; c) liderar, dirigir, motivar, inspirar, coordinar y desarrollar equipos con los profesionales adscritos a su unidad administrativa, y con perspectiva de género; d) participar en la gobernanza del ámbito de responsabilidad de su unidad administrativa y promover relaciones relevantes y útiles para las políticas públicas, asumiendo cuando proceda procesos de negociación y de resolución de conflictos; e) coordinar las actuaciones con las demás unidades administrativas o entidades que puedan resultar interdependientes; f) impulsar la ejecución de las acciones necesarias para alcanzar los objetivos establecidos, realizar su seguimiento y emprender, cuando sea preciso, acciones correctivas y de mejora; g) gestionar los recursos materiales, tecnológicos y económicos con criterios de eficacia, eficiencia y sostenibilidad social, medioambiental y financiera; h) evaluar la eficiencia de los procesos, el desempeño profesional y los resultados alcanzados, para facilitar la toma de decisiones y para rendir cuentas a la ciudadanía; i) impulsar la innovación y mejora de los servicios y actuaciones a realizar dentro de su unidad administrativa y su ámbito competencial; j) potenciar la simplificación y la agilización de los procedimientos administrativos; k) velar por la transparencia de las actuaciones y por una comunicación pública clara, veraz y efectiva; y, l) rendir cuentas, mediante la emisión de los informes o memorias que procedan, de los logros o niveles de cumplimiento de los objetivos que se le hayan fijado, justificando, en su caso, las desviaciones o los incumplimientos que se hayan producido para la evaluación de su cumplimiento.

La selección del personal directivo público profesional se realiza en convocatoria pública y obedece a los principios de idoneidad, mérito, capacidad y publicidad. El Estatuto del personal directivo público profesional establecerá los procesos y los criterios para la aplicación de dichos principios (art. 22.1). En todo caso, se prevé que la selección se realice mediante convocatorias y procesos públicos que garanticen el cumplimiento de los principios de transparencia y libre concurrencia, de acuerdo con los requisitos que se determinen para cada puesto. Dichas convocatorias deberán ser públicas y contener los elementos que se establezcan en el Estatuto del personal directivo público profesional.

Otro innegable acierto de la Ley andaluza es -como apuntábamos- la creación de una Comisión independiente de selección de personal directivo público profesional para efectuar las convocatorias y gestionar el desarrollo de los procesos de selección, con el fin de procurar su mayor transparencia, objetividad (siguiendo aquí claramente el modelo de la CReSAP portuguesa), lo que sienta un alentador precedente de independencia, objetividad y transparencia en nuestro Derecho autonómico. Las

personas titulares de la citada Comisión se nombrarán y cesarán por Decreto del Consejo de Gobierno, por el sistema que determine el Estatuto del personal directivo público profesional, y entre personas de reconocido prestigio profesional, cuya actividad haya sido ejercida preferentemente en las áreas de los recursos humanos o de la Administración pública. La Comisión contará con los medios internos y externos adecuados, y los procesos de selección se basan en la verificación y evaluación de las capacidades, actitudes, conocimientos, experiencias profesionales, competencias técnicas y competencias directivas de las personas aspirantes "o cualquier otro sistema predictivo del comportamiento" (sic, art. 23). La Comisión rendirá cuentas en el Parlamento, y sus resoluciones serán públicas y motivadas, de conformidad con lo que determine el Estatuto del personal directivo público profesional.

El proceso de valoración que le corresponde hacer a la Comisión parte de la existencia de un conjunto de personas previamente acreditadas. A tal fin, el artículo 25 de la Ley habilita al Instituto Andaluz de Administración pública (IAAP) para realizar procesos abiertos y permanentes para acreditar las competencias directivas del personal funcionario de carrera o laboral fijo que pueda acceder a puestos de dirección pública profesional para facilitar los procesos de selección. Las convocatorias de los procesos de acreditación se realizarán de forma que garanticen el cumplimiento de los principios de transparencia y libre concurrencia, de acuerdo con los requisitos que se determinen en el Estatuto del personal directivo público profesional. La acreditación se basará en la verificación de capacidades, actitudes, conocimientos, experiencias profesionales y competencias técnicas y directivas de las personas aspirantes, u otros sistemas predictores del comportamiento. El mantenimiento en el tiempo de la acreditación podrá exigir la participación con aprovechamiento en determinadas actividades de formación y la superación satisfactoria de las pruebas que se determinen en el Estatuto del personal directivo público profesional.

En los casos en que se trate de cubrir un puesto de personal directivo público profesional, la Consejería o Agencia administrativa interesada deberá solicitar de la Comisión, en los términos que se determinen reglamentariamente, la celebración de la preceptiva convocatoria y la propuesta de personas candidatas que cumplan los requerimientos previamente establecidos para el puesto a cubrir, a fin de elegir la persona para efectuar el nombramiento, de acuerdo con lo que establezca el Estatuto del personal directivo público profesional (art. 24.1).

El citado Estatuto, a fin de obtener el aprovechamiento en otros puestos directivos del talento y competencias, podrá establecer procesos simplificados de nombramiento, de quienes cesen por la finalización de su nombramiento, habiendo obtenido siempre evaluaciones favorables en el desempeño de su puesto. Asimismo, para agilizar los procesos de selección, el Estatuto establecerá procesos simplificados de nom-

bramiento para la cobertura de puestos de personal directivo "alto cargo" de entre personas con competencias directivas acreditadas por el IAAP (art. 24).

Asimismo, el Estatuto del personal directivo público profesional establecerá la duración mínima del nombramiento y de sus posibles prórrogas, en el caso de que la evaluación del desempeño sea satisfactoria.

Una vez designado, y en los términos que reglamentariamente se determine, el titular del puesto firmará un "acuerdo de gestión", que entrará en vigor con el nombramiento y que tendrá carácter público. El citado acuerdo se determinará los objetivos a cumplir, los instrumentos y periodicidad con que se producirá la evaluación de su cumplimiento, y las condiciones retributivas de carácter variable que se le asignen en función de los resultados de dicha evaluación de cumplimiento. Dicho documento podrá ser modificado de común acuerdo cuando las circunstancias así lo aconsejen. El resto de características, condiciones y proceso de elaboración, seguimiento y publicidad de los acuerdos de gestión se determinarán en el Estatuto del personal directivo público profesional.

Este personal está sujeto a evaluación continua y periódica del cumplimiento de su cargo o puesto, conforme a lo que quede establecido en el acuerdo de gestión, debiendo tener lugar, como mínimo, cada dos años. Corresponderá realizar dicha evaluación al superior jerárquico de quien dependa o al que esté adscrito, pudiendo este solicitar el asesoramiento o colaboración de la Comisión independiente de selección o del IAAP, de acuerdo con lo que disponga el Estatuto del personal directivo público profesional. El resultado de dichas evaluaciones de cumplimiento determinará la continuidad en el puesto que se desempeñe como personal directivo público profesional y la cuantía de la parte variable de las retribuciones (art. 74).

Su desempeño será en régimen de exclusividad (art. 43.1.a), debiendo dedicar un número mínimo de horas al año para su formación y desarrollo. Además, debe cumplir un Código ético y de conducta que será elaborado y mantenido en vigor por una Comisión de ética que se establecerá en el Estatuto del personal directivo público profesional como órgano de asesoramiento adscrito a la Consejería competente en materia de función pública.

La Ley regula también las situaciones administrativas de este personal, previendo que cuando sea funcionario y no sea un puesto directivo "alto cargo", permanezca en servicio activo sin reserva de puesto. De forma que, tras su cese, volverá a desempeñar un puesto de las mismas características al que desempeñaba en el momento de su nombramiento y en la localidad que elija entre la del puesto que desempeñaba y la del puesto de dirección, respetándose las condiciones y retribuciones correspondientes a la categoría, nivel o escalón de la carrera consolidados, de

acuerdo con el sistema de carrera administrativa. En caso de nombramiento como directivo "alto cargo", podrían pasar a la situación de servicios especiales (art. 146).

Finalmente, el cese del personal directivo público profesional se producirá por la finalización del período para el que se realiza el nombramiento, por renuncia voluntaria o por decisión motivada del órgano o autoridad competente para su designación basada en la evaluación negativa respecto de los objetivos previstos en el acuerdo de gestión. El cese del personal directivo público profesional que tenga la consideración de alto cargo se producirá, además de por las causas establecidas en el apartado anterior, por la decisión discrecional debidamente motivada del órgano competente para su designación o por la ordenación o redistribución de las competencias de las Consejerías.

V. CONCLUSIONES

El desarrollo de la legislación estatal sobre función pública a partir del mandato constitucional del artículo 103.3 de la CE y del ejercicio de la competencia estatal sobre la legislación básica en la materia (art. 149.1º.18ª CE) ha impuesto una fórmula organizativa tendente a hacer efectiva la dirección política del Gobierno sobre la estructura organizativa de la Administración (art. 97 de la CE) que ha acabado imponiendo la confianza política como criterio determinante y mayoritario en la designación de los titulares de los puestos directivos.

Acaso lo anterior pudiera estar justificado originariamente, en términos históricos, en que los primeros desarrollos constitucionales del estatuto del empleado público no eran ajenos a una cierta desconfianza ante una función pública altamente tecnocrática proveniente del régimen anterior. En todo caso, lo cierto es que hasta la aprobación del EBEP en 2007 existían muy pocos mandatos normativos relativos a la profesionalización de los cargos directivos en la Administración. El EBEP abordó por primera vez la figura del directivo público afirmando ampulosamente en su Exposición de Motivos que *«está llamado a constituir en el futuro un factor decisivo de modernización administrativa, puesto que su gestión profesional se somete a criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad y control de resultados en función de los objetivos"*, pero desarrollando escasamente su régimen jurídico básico (art. 13), que se quedaba al socaire de posteriores desarrollos, tanto estatales como autonómicos y, en su caso, locales.

La legislación estatal vigente regula un sistema de selección y carrera del directivo público inconexa, a partir de cuerpos normativos diversos que atienden a finalidades diferentes y que contienen mandatos excesivamente vagos y principiales, que, además adolecen del desarrollo reglamentario que precisaría la delimitación normativa de un Estatuto básico del directivo público profesional a partir de las

escasas previsiones del artículo 13 del TREBEP y que, al cabo, desvirtúan la figura, por su solapamiento con la regulación de los llamados "órganos directivos" y el régimen de los altos cargos, cuyo nombramiento responde antes a criterios políticos y de oportunidad que de aptitud profesional.

El resultado de todo ello es que el sistema de dirección pública directivo en la Administración central no ha conseguido desembarazarse de un modelo gerencial politizado en la designación de cargos directivos y, por otra, de un modelo funcionarizado en la exigencia de dicha condición para el acceso a ciertos puestos, que además ha sido cuestionado por el Tribunal Supremo ante recientes abusos gubernamentales en la interpretación de las excepciones legales. El caso es que esta disfuncional dualidad de politización de la alta función pública y funcionarización de la política provoca una zona de fricción entre los cargos de designación política y los funcionarios de carrera que deja poco espacio a la existencia de una franja reservada a directivos profesionales.

Por su parte, algunas Comunidades Autónomas, a partir de experiencias de Derecho comparado bien conocidas, han emprendido algunas iniciativas que se desmarcan de la situación de la Administración Central y pretenden abrir un espacio a la función directiva profesional. No obstante, se trata de regulaciones poco homogéneas y de diversa intensidad, irregularmente reflejadas en el canon imperante en los países más avanzados de la OCDE y que, han tenido un recorrido más bien escaso; con lo que, al cabo, tampoco puede vislumbrarse –al menos hasta ahora- un modelo autonómico alternativo asentado.

Así, frente a regulaciones claramente asentadas en el modelo funcionarial, como la valenciana, otras extienden el alcance de la figura al conjunto de los empleados públicos (como la castellano-manchega, la vasca o la andaluza), sin renunciar a la posible incorporación de personal ajeno a la función pública, siempre que cuente con la oportuna acreditación (caso de la legislación balear). Aunque es generalizada esa exigencia de una previa acreditación de la condición directiva a cargo de los organismos públicos competentes en la formación del personal al servicio de las Administraciones autonómicas, también son señaladas las diferencias en el sistema de selección, donde solo excepcionalmente se contempla la intervención de un órgano independiente ajeno a la autoridad a la que se adscribe el directivo (en lo que es proverbial el caso andaluz), lo que nos parece crucial para diferenciar estos procesos de los clásicos concursos de libre designación y dotarlos de mayor objetividad y transparencia. También difieren bastante las regulaciones autonómicas en lo relativo al ámbito de aplicación, llegando algunas a aplicarse a todas las Administraciones públicas de su territorio, siquiera sea con carácter supletorio (el caso vasco es paradigmático) frente a otras más acotadas a la esfera interna y, además, limitada normalmente a

los servicios centrales y periféricos, con exclusión del sector público empresarial (el más necesitado, probablemente, de una mayor profesionalización). Finalmente, nos parecen escasa y deficientemente reguladas otras cuestiones quizás menores, como el régimen de las situaciones administrativas de este personal o su régimen de incompatibilidades.

Pese a lo meritorio de las últimas regulaciones autonómicas, puede afirmarse con carácter general que, en nuestro país, la imparcialidad y la meritocracia que la Constitución exige como garantía del régimen de función pública sigue viéndose comprometida por la existencia de un excesivo determinismo del poder político sobre los cuadros profesionales y directivos de la Administración. Siendo éste, sin embargo, el estrato que mayores responsabilidades directivas ha de asumir en orden a la ejecución de los planes y programas de acción y que debería protegerse con garantías de imparcialidad y profesionalidad reforzadas, pese a ser el que sufre el fenómeno de colonización política.

En este orden, la OCDE viene insistiendo en la necesidad de implantar un modelo de dirección pública profesional que responde a parámetros muy precisas de definición, alcance y desarrollo, configurando un verdadero Estatuto del directivo público profesional cuyas claves de implantación hemos tratado de desgranar en torno a las ideas de planificación de plantillas, selección objetiva e imparcial con intervención de una autoridad imparcial y externa al órgano de designación, exigencia del cumplimiento de objetivos a lo largo del mandato y evaluación del rendimiento con efectos retributivos.

Los instrumentos de ordenación y planificación del empleo público Andaluz. Su estructura

Josefa Cantero Martínez
Catedrática de Derecho Administrativo UCLM
Josefa.cantero@uclm.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA PLANIFICACIÓN DEL PERSONAL DE LA ADMINISTRACIÓN ANDALUZA. SUS OBJETIVOS. 1. Los planes de ordenación de recursos humanos. A. Su naturaleza jurídica y su configuración como una herramienta discrecional de la Administración. B. El posible contenido de los planes. C. El procedimiento para su elaboración. 2. El instrumento para proveer personal de nuevo ingreso: la oferta de empleo público. 3. La herramienta para la información y gestión (integrada) de los recursos humanos: el registro de personal. A. Los registros andaluces en la legislación precedente. El Registro General de Personal de la Junta de Andalucía. C. Los restantes registros y los principios de coordinación y cooperación. D. Régimen de las inscripciones y anotaciones registrales. Su naturaleza jurídica. III. LA ESTRUCTURA DEL EMPLEO PÚBLICO. 1. La ordenación de las personas a través de los cuerpos funcionariales. A. Las opciones y especialidades: ¿Un encorsetamiento de la estructura? B. La titulación como criterio taxonómico para la agrupación de los cuerpos. 2. El puesto de trabajo como unidad básica de la estructura. A. Su ordenación a través de las relaciones de puestos de trabajo. Sus controvertidas modificaciones automáticas B. Las nuevas herramientas de diseño organizativo: las unidades administrativas de apoyo temporal y de servicios comunes. IV. LA CLASIFICACIÓN DEL PERSONAL LABORAL. V. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: Se analiza en este trabajo el Título VIII de la nueva Ley 5/2023, de 7 de junio, de la Función Pública de Andalucía, en el que se regula la estructura funcionarial a través de sus dos elementos básicos: los cuerpos de funcionarios y los puestos de trabajo. Asimismo, se estudian los instrumentos jurídicos diseñados por el legislador para la planificación y ordenación del empleo público andaluz. Ello nos lleva al análisis de algunas instituciones esenciales para la adecuada gestión del personal como son los planes de ordenación de recursos humanos, la oferta de empleo público, los registros de personal y las relaciones de puestos de trabajo. El análisis se hace principalmente teniendo como referencia la legislación funcionarial autonómica precedente y el estatuto básico del empleado público.

Palabras claves: empleo público, cuerpos funcionariales, puesto de trabajo, plan de ordenación de recursos humanos, registro de personal, relación de puestos de trabajo, oferta de empleo público, Grupos de clasificación funcionarial.

Abstract: This paper analyses Title VIII of the new Law 5/2023, of 7 June, on Civil Service in Andalucía, which establishes the structure of public service through its two basic elements: the civil servants´ corps and the work positions. The juridical instruments designed by the legislator for public employment planning and management in Andalucía are also examined. This leads us to perform the analysis of some essential institutions for the proper management of officers such as human resources strategic plans, public employment tenders, employees registers and work positions listings. The analysis is mainly carried out using as reference the precedent autonomic legislation on civil service and the basic bylaws of the civil servant.

Key words: public employment, civil service corps, work position, human resources management plan, staff register, work positions listings, public employment tender, civil servants´ classification groups.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 5/2023, de 7 de junio, de la Función Pública de Andalucía, dedica su Título VIII a la regulación de la estructura del empleo público y de los instrumentos de ordenación y planificación de la función pública de la Administración de la Junta de Andalucía y de todo el personal de sus agencias incluido en su ámbito de aplicación, en los términos dispuestos en los artículos 2 y 3 de dicha Ley y en los artículos 52 y siguientes de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, tras las múltiples modificaciones de que ha sido objeto.

El Título VIII se compone de dos extensos capítulos. El primero de ellos establece el régimen jurídico de los instrumentos y herramientas que son necesarias para la adecuada planificación y ordenación de la gestión de sus recursos humanos. Se incluyen en este capítulo los registros de personal, la oferta de empleo público (o instrumento similar) y los planes de ordenación de recursos humanos. El segundo capítulo se centra en la estructura del empleo público. Se regula tanto el elemento objetivo de la estructura, esto es, el puesto de trabajo y su ordenación a través de las denominadas relaciones de puestos de trabajo (RPTs), como el elemento subjetivo de la estructura funcionarial, es decir, el componente estructural que hace referencia a las personas, a los funcionarios públicos. Para ello establece el régimen jurídico de los cuerpos de funcionarios de la Junta de Andalucía y de su clasificación profesional en Grupos y Subgrupos de titulación.

La dedicación de dieciséis largos y consistentes artículos para la regulación de esta materia, que van acompañados de otras tantas disposiciones adicionales, contrasta notablemente con los seis escuetos preceptos de la legislación previgente, de la *Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía*. Esta profusión normativa es comprensible si tenemos en cuenta la importancia de la materia. Difícilmente puede funcionar una Administración de forma correcta y servir al ciudadano si carece de una estrategia adecuada para la gestión de su personal y si no dispone de los medios y herramientas necesarias para ejecutarla. Además, han pasado ya treinta y ocho años desde que se elaborara la anterior normativa y durante todo este período se han producido importantes avances en la ciencia sobre técnica y diseño organizativo, que ahora precisamente aparecen recogidos en el texto de la ley.

Por lo demás, la riqueza del nuevo régimen jurídico también resulta explicable si tenemos en cuenta que. una de las pretensiones de la nueva ley ha sido precisamente la de abordar en una única norma todas las materias que integran el régimen jurídico de la función pública andaluza, aunque ello suponga una reproducción de la legislación básica estatal. El objetivo último es facilitar al operador jurídico la gestión del personal y evitar la dispersión normativa para la regulación de todos estos instrumentos. De esta forma se intenta también superar el vacío normativo que se había producido en determinadas instituciones y que había hecho necesario recurrir a la aplicación supletoria de la normativa estatal que, como es sabido, en muchos casos no responde a las mismas necesidades de la Administración autonómica.

Pues bien, de todo ello pretendemos ocuparnos en este trabajo, aunque dada la extensión de la materia y las limitaciones en cuanto al número de páginas que establecen las normas de publicación de esta revista, solo nos limitaremos a resaltar los aspectos más novedosos que se han introducido en cada una de estas instituciones y a poner de relieve algunos de los problemas que, a mi juicio, la nueva regulación podría llegar a plantear.

II. LA PLANIFICACIÓN DEL PERSONAL DE LA ADMINISTRACIÓN ANDALUZA. SUS OBJETIVOS

Siguiendo el esquema de la legislación básica estatal, el art. 89 de la Ley 5/2023 enumera los instrumentos para la adecuada planificación del empleo público andaluz y establece los principios y objetivos que han de perseguir. Son tres los medios jurídicos de los que se sirve la Administración para organizar y ordenar la gestión de su personal. El legislador andaluz se refiere a todos ellos impropiamente como "instrumentos de planificación", a pesar de que, en rigor, los únicos instrumentos que tienen realmente naturaleza planificadora son la oferta de emplero público y el plan de ordenación de los recursos humanos, que ha sido configurado por el legisla-

dor como un instrumento para la racionalización y organización del personal. Los registros de personal son más bien herramientas de gestión que proporcionan a la Administración información precisa sobre el número y la situación profesional de sus empleados públicos.

Todos ellos comparten, no obstante, su misma finalidad, que no es otra que la de contribuir a la consecución de la eficiencia y eficacia en la acción pública, en la prestación de los servicios y en la utilización de los recursos económicos, personales, materiales y tecnológicos disponibles. Es indudable que, al menos como premisa de partida, para conseguir estos objetivos la Administración necesita conocer la realidad del personal de que dispone, el número de efectivos y la naturaleza de su vínculo con la Administración. Toda esa valiosa información se obtiene a través de los registros de personal. A partir de esa información y teniendo en cuenta las funciones que la organización asume en cada momento concreto puede programar y planificar las necesidades de personal, adoptando todas las medidas de gestión de recursos humanos que sean necesarias e incluso decidiendo la incorporación de nuevos efectivos a través de los planes de ordenación de recursos humanos y de la oferta de empleo público, respectivamente. Estos instrumentos posibilitan algo que es esencial en toda organización, ya sea pública o privada, como es la dimensión adecuada de sus efectivos, la correcta distribución del personal, su mejor gestión, formación, motivación, promoción profesional y movilidad. Se trata, en definitiva, de instrumentos destinados a ordenar el sistema de empleo público en cada Administración en su conjunto[1].

1. Los planes de ordenación de recursos humanos (PORH)

La planificación de los recursos humanos ha sido definida como una forma de previsión de las necesidades futuras y de los medios de satisfacer las mismas en el seno de las diferentes organizaciones[2]. Deberían convertirse en un instrumento imprescindible en una Administración pública moderna y eficaz, en la medida en que permite introducir en la organización mecanismos de análisis de sus necesidades de personal, a medio y a largo plazo, para programar la manera de satisfacerlas y optimizar el número y distribución de sus efectivos, en lugar de actuar de manera improvisada y reactiva. Además, en la medida en que permite objetivar la toma de decisiones organizativas, que por su naturaleza son discrecionales, difumina las distorsiones derivadas de influencias clientelares o corporativas[3]. Pero estas no son sus únicas

[1] SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, Madrid, 2020, p. 116.

[2] PALOMAR OLMEDA, Alberto, "Organización del empleo público", capítulo tercero del *Manual de Empleo Público,* obra colectiva dirigida por Federico Castillo Blanco y Javier Quesada Lumbreras, Iustel, Madrid, 2009, p. 229.

[3] SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, (2020: 125).

virtudes[4]. Con los PORH se pretende que los derechos básicos de los funcionarios, especialmente el derecho al cargo y el derecho a la carrera, se puedan hacer compatibles con los intereses de la organización administrativa y, en todo caso, queden subordinados a ella[5].

La ley andaluza establece, con una perspectiva global y de completitud del marco jurídico, una novedosa regulación de los PORH, cubriendo así un sector de la función pública andaluza para el que no existía regulación propia. Ello se explica por la antigüedad misma de su legislación funcionarial, que era de 1985 y porque estos instrumentos no se introdujeron de forma generalizada y como legislación básica hasta el año 2007, a través de la ya derogada *Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público* (EBEP).

Los PORH han sido configurados en el art. 90 de la Ley 5/2023 como uno de los tres instrumentos jurídicos de planificación que es imprescindible para la adecuada distribución del personal y la optimización de los empleados públicos. Su consagración y regulación explícita en el art. 90 de la Ley 5/2023 constituye una importante novedad que, además, es premisa necesaria para remediar uno de los grandes males que afectan a nuestras Administraciones públicas como es el de la falta de una verdadera cultura planificadora del personal a su servicio. Con este instrumento se pretende cuadrar la ecuación entre lo que tengo y lo que necesito o voy a necesitar a medio o largo plazo. Se trata, además, de aprovechar al máximo el talento del personal existente en la Administración y de ajustar de manera previsora el número de empleados disponibles en cada momento en atención a las necesidades de la organización para evitar excesos estructurales de personal o las repentinas carencias de empleados de carácter fijo, que son extremadamente dañinas para la Administración en la medida en que constituye una de las causas más importantes para el aumento de la temporalidad en el empleo público[6].

---

[4] PALOMAR OLMEDA, Alberto, "Organización del empleo público", capítulo tercero del *Manual de Empleo Público,* obra colectiva dirigida por Federico Castillo Blanco y Javier Quesada Lumbreras, Iustel, Madrid, 2009, p. 216.

Véase a RODRÍGUEZ GURTUBAY, Alfredo, *Planificación de recursos humanos en las Administraciones Públicas*, INAP, Madrid, 2013.

[5] Nos remitimos para profundizar, entre otros autores, a ALDOMÀ BUIXADÈ, Josep, "Planificación de los recursos humanos y estructuración del empleo público (arts. 69 a 77)", en *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, obra colectiva dirigida por Salvador del Rey Guanter y coordinada por Manuel Férez Fernández y Esther Sánchez Torres, La Ley, 2008; ARROYO YANES, Luis Miguel, "La ordenación de la actividad profesional en el Estatuto Básico del Empleado Público: planificación de Recursos Humanos y estructuración del empleo público", en la obra colectiva coordinada por Enrique LINDE PANIAGUA, titulada *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo por el Estado y las Comunidades Autónomas,* Colex, Madrid, 2008.

[6] Véase la polémica Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

Los PORH tienen como finalidad última la optimización de las políticas de personal, dimensionando adecuadamente los efectivos de la Administración. Posibilitan hacer una radiografía del personal que tiene la Administración en cada momento y del que necesita realmente tener. Es la herramienta que evita que la Administración realice una gestión de sus recursos humanos reactiva a los problemas ya planteados e improvisada, lo que solo se puede conseguir implantando instrumentos reflexivos y de programación que permitan aprovechar el talento ya existente, así como mejorar el aprovechamiento y la distribución del personal de la Junta. Su adecuada utilización podría ser muy útil para optimizar la gestión de un empleo público tan extenso como el andaluz, toda vez que, según el último boletín estadístico del personal al servicio de las Administraciones públicas de julio de 2023, el sector público andaluz está compuesto por 327.872 empleados públicos[7].

La crisis de la Covid-19 y la necesidad de gestionar los fondos europeos ya puso de manifiesto la imperiosa necesidad de contar con este tipo de instrumentos. Así, un ensayo de ello se ha visto en el *Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía*. Su exposición de motivos destacaba la necesidad de optimizar la totalidad de los recursos humanos. Resultaba ya ineludible "*abordar, como realiza la norma estatal de similar objetivo, las posibilidades de movilidad de recursos humanos en términos de adscripción funcional a la gestión de los programas y áreas afectados mediante las herramientas establecidas en la normativa vigente para cada Consejería y entidad instrumental, en primer lugar, o incluso entre las Consejerías y entidades instrumentales de la Junta de Andalucía. Esto último se podrá realizar mediante la aprobación de una planificación estratégica de gestión que tendrá como objetivo la redistribución y el aprovechamiento de todo el personal empleado público existente para movilizar el máximo de recursos humanos posibles para facilitar la completa ejecución de fondos europeos, de conformidad con la normativa que resulte de aplicación*".

En sus artículos 7 y siguientes se regulaba la planificación estratégica de gestión de los recursos humanos en el ámbito de cada Consejería y de cada uno de sus entes instrumentales para intentar aprovechar el talento existente en cada organización, atribuyendo a la persona titular de la Viceconsejería la competencia para su aprobación. Estos planes deberían contener las medidas necesarias para lograr una gestión eficaz de los fondos financiables con fondos europeos y la optimización del personal. Las herramientas que podía contener el plan eran muy variadas y se establecían unos útiles criterios preferenciales para su adopción, objetivando así la

[7] *Boletín Estadístico del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas*, Registro Central de Personal, Julio 2023, Ministerio de Hacienda y Función Pública (consultado el 1 de febrero de 2024). Disponible en: https://funcionpublica.hacienda.gob.es/dam/es/portalsefp/funcion-publica/rcp/boletin/BEPSAP_julio2023.pdf.pdf

toma de decisiones administrativas. Dichas medidas podían ir desde la asignación temporal de funciones a tiempo completo o parcial, al amparo de lo establecido en el artículo 73.2 del TREBEP, hasta el traslado provisional de conformidad con lo previsto en el artículo 27.2 de la antigua Ley 6/1985 o la movilidad de efectivos prevista en los artículos 81 y 83 del TREBEP, no solo entre Consejerías sino también entre el personal del sector público andaluz y las entidades gestoras de proyectos financiables con fondos europeos. Como medidas adicionales -y con carácter subsidiario- preveía también la posibilidad de reforzar las plantillas con el nombramiento de personal funcionario interino y personal estatutario temporal. Todo ello, y como es propio de estos instrumentos, complementado con medidas precisas para la formación del personal involucrado en la gestión de los fondos europeos.

Sin embargo, la Cámara de Cuentas de Andalucía, en su *Informe de Fiscalización sobre las medidas adoptadas por la Junta de Andalucía para la implementación del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*[8] (PRTR), ha puesto de manifiesto la falta de cultura planificadora que sigue existiendo en la Junta de Andalucía, al igual que en la mayor parte de nuestras Administraciones Públicas, a pesar del llamamiento explícito que hacía el Decreto-Ley 3/2021 para la elaboración de los correspondientes instrumentos de planificación en cada Consejería. Constata la Cámara que, a pesar de que el art. 7 preveía la elaboración de estos planes como base imprescindible para la adopción de las acciones necesarias para la reorganización, nombramiento y contratación de personal para gestionar los proyectos financiables con fondos europeos, a fecha de septiembre de 2022 todavía no se había elaborado ningún instrumento de planificación estratégica de gestión de recursos humanos. Esta situación, no obstante, ya ha sido revertida. En este sentido, en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de 27 de octubre de 2023, se ha aprobado el Acuerdo de 24 de octubre de 2023, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan Estratégico de los Recursos Humanos de la Administración General de la Junta de Andalucía 2023-2030[9].

[8] Cámara de Cuentas de Andalucía, *Informe de Fiscalización sobre las medidas adoptadas por la Junta de Andalucía para la implementación del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*, aprobado por el Pleno de la Cámara el 30 de enero de 2023, (JA 10/2022), p. 25, disponible en:

file:///C:/Users/JOSEFA~1.CAN/AppData/Local/Temp/MicrosoftEdgeDownloads/5c7974b5-4455-48d3-bf5b-801ca1fc01e9/fiscalizacion-sobre-las-medidas-adoptadas-para-la-implementacion-del-plan-de-recuperacion-transf%20(1).pdf

[9] Este primer plan estratégico supone un importante cambio de concepción en lo que es la gestión de personal, que ha pasado de tener un plano secundario a ser valorada como determinante del éxito organizacional. La información completa sobre este plan puede verse en: https://juntadeandalucia.es/organismos/justiciaadministracionlocalyfuncionpublica/consejeria/transparencia/planificacion-evaluacion-estadistica/planes/detalle/445855.html#toc-documentos-del-plan

A. Su naturaleza jurídica y su configuración como una herramienta discrecional de la administración

Por lo que respecta a la naturaleza jurídica de los PORH, la jurisprudencia los ha calificado como un acto administrativo con destinatario plural. Los PORH no son normas reglamentarias. Sobre esta materia se produjo un importante cambio jurisprudencial a raíz de la STS de 25 de noviembre de 2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, en la que modificó y rectificó su doctrina anterior y declaró que los planes de ordenación de recursos humanos carecen del carácter de disposición general y, en consecuencia, no proceden impugnaciones indirectas. Por lo tanto, careciendo del carácter de disposición general no es posible plantear una impugnación indirecta del contenido de un instrumento de planificación. Asimismo, lo ha considerado como un instrumento "discrecional" de la Administración, en el que se mezclan sus potestades autoorganizatorias con aspectos relativos al régimen jurídico del personal empleado público. Ello explica las dudas jurídicas que en ocasiones ha planteado el proceso de elaboración de estos planes. El PORH no es cualquier instrumento organizativo ni cualquier estudio o análisis sectorial de los requerimientos de personal, sino que ha de ser una herramienta de planificación global de objetivos, de organización y de personal de la Administración. Aunque no tiene sentido planificar sin tener en cuenta el contexto organizacional, la jurisprudencia se ha encargado de señalar la diferencia entre la planificación y las potestades autoorganizatorias de la Administración.

Se trata, efectivamente, de una herramienta de gestión y planificación muy conveniente para todo tipo de organizaciones, aunque en el ámbito administrativo no es obligatoria, como demuestra la dicción literal del art. 90.1 de la Ley al señalar que el Consejo de Gobierno "podrá aprobar" estos planes, previa negociación con los sindicatos. Así lo ha declarado también nuestra jurisprudencia, entre otras, en la STS de 25 de noviembre de 2020, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, en la que se ha pronunciado sobre los PORH y la potestad autoorganizatoria de la Administración, distinguiendo ambos instrumentos. Se planteaba como cuestión casacional clarificar si cuando una Administración Pública realiza una reestructuración departamental y aprueba la correspondiente estructura orgánica, en ejercicio de su potestad de organización, resulta preceptivo aprobar previa o paralelamente un PORH, más allá de la modificación de la correspondiente relación de puestos de trabajo.

Pues bien, recuerda la Sala que los PORH y los decretos de estructura son instrumentos jurídicos diferentes, que obedecen a finalidades distintas. Por ello, el procedimiento para su elaboración y la participación de los sindicatos en estos procesos también es muy diferente. Los PORH son un instrumento de planificación de recursos humanos que se puede aprobar en el marco de políticas organizativas

específicas basadas en el análisis de disponibilidades y necesidad de personal, cuantitativa o cualitativa. Atienden exclusivamente a la racionalización y organización del personal. Deben ser objeto de negociación colectiva conforme al art. 37.1.c) del TREBEP, así como cuando prevea la incorporación de recursos humanos, a través de la negociación de los criterios generales sobre la Oferta de empleo público (art. 37.1.l del TREBEP).

Por el contrario, los instrumentos jurídicos en que se plasmen las decisiones organizativas de estructura de las Administraciones Públicas se adoptan en el ejercicio de sus potestades de organización y, en principio, no deben ser materia de negociación colectiva. En el caso concreto analizado en la sentencia se trataba de un Decreto autonómico en la Administración catalana que procedía a la reorganización de determinadas unidades y áreas funcionales. Pues bien, recuerda la Sala que únicamente cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones Públicas en las que se ejerciten sus potestades de organización tengan repercusión sobre condiciones de trabajo del personal funcionarial es obligatoria su previa negociación con las organizaciones sindicales.

Todo ello ha llevado a la Sala a fijar como doctrina casacional que las decisiones de reestructuración organizativa adoptadas por una Administración pública en el ejercicio de sus potestades autoorganizatorias no exigen de la aprobación previa, simultánea o posterior de un plan de ordenación de recursos humanos o un plan de empleo, sin perjuicio de que las consecuencias sobre las condiciones de trabajo que pudieran derivar de dicha reestructuración organizativa deban ser objeto de negociación colectiva de conformidad con lo dispuesto en el art. 37.2.a), segundo párrafo del EBEP.

En definitiva, los PORH han sido configurados por el legislador autonómico como un instrumento discrecional de la Administración. Ello no desmerece, sin embargo, el importante valor que tienen a la hora de legitimar la toma de decisiones organizativas. A través de ellos la Administración explica las medidas que se van a adoptar, justificando y objetivando su toma de decisiones, no tanto organizativas, porque aquí los ámbitos de libertad de la Administración son mucho más amplios, sino también y especialmente las decisiones en materia de personal. Como advierte Palomar Olmeda, sin este instrumento se corre el riesgo de que los gestores caigan en la tentación de convertirlo en un instrumento subjetivo de decisiones que condicione su efectividad y genere una amplia conflictividad. De ahí el valor esencial que tienen los PORH como instrumento de objetivación de las decisiones administrativas en el marco del empleo público[10]. En virtud precisamente de este carácter, debe ser im-

[10] PALOMAR OLMEDA, Alberto, "Organización del empleo público", *op. Cit. Manual de Empleo Público,* pág. 228.

prescindible que la planificación recoja los criterios para la adopción de las medidas que contempla. Pensemos, por ejemplo, en los criterios para una eventual reasignación de efectivos, que, en todo caso, habrán de estar relacionados con las aptitudes, formación, experiencia y antigüedad el personal; en los criterios para ordenar los procesos de movilidad o para establecer limitaciones en la participación de los empleados en los concursos de traslados o incluso para decidir los puestos de trabajo que se modifican o suprimen. Son, en definitiva, una valiosa herramienta para facilitar el posterior control judicial.

B. El posible contenido de los planes

La regulación del contenido de la planificación supone un importante avance en el empleo público andaluz porque viene a establecer *ex novo* una regulación que antes solo existía en la legislación básica estatal, aunque se limita básicamente a reproducir ese esquema y pierde la oportunidad de establecer innovaciones relevantes, siguiendo, por ejemplo, la estela del nuevo *Proyecto de Ley de la Función Pública de la Administración del Estado* presentado en marzo de 2023, que decayó ante la convocatoria de elecciones generales de 28 de julio de 2023[11]. En este proyecto se regula la planificación desde una visión mucho más enriquecedora técnicamente, como un instrumento obligatorio para la actuación administrativa que se vincula estrechamente con los objetivos organizacionales y con la planificación plurianual de la Administración del Estado, tanto presupuestaria como funcional. Con independencia de que este proyecto de ley pueda o no rescatarse en un futuro, lo cierto y verdad es que establece un régimen jurídico bastante más preciso y avanzado que el actualmente vigente, a partir de la existencia de planes estratégicos de recursos humanos de ámbito general, de planes específicos y de planes de reestructuración en sectores concretos que permiten garantizar las necesidades de personal en coherencia con las actividades planificadas de la Administración.

Se echa de menos que el legislador andaluz no obligue a las Consejerías y a sus agencias a elaborar planes específicos de recursos humanos que permitan vincular y conectar las necesidades de personal con la planificación general de su actividad en el ámbito sectorial respectivo. Estos instrumentos podrían ser muy valiosos para analizar las cargas de trabajo de su personal, adecuar el personal a las necesidades de la organización, impulsar un reparto territorial equilibrado en la comunidad autónoma, mejorar la eficiencia y productividad del capital humano, formar al personal para posibilitar el desempeño adecuado de las tareas de sus puestos de trabajos o incluso para identificar ámbitos deficitarios y excedentarios de efectivos. Se trata,

[11] El Proyecto de Ley de la Función Pública de la Administración del Estado de 24 de marzo de 2023 (121/000149), publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, número 149-1.

en definitiva, de que el plan pueda estar alineado con la consecución de los objetivos estratégicos de la Administración de la Junta.

La regulación de la planificación contenida en el art. 90 de la Ley 5/2023 es, sin embargo, bastante más modestas. Los planes pueden ir referidos a todo el empleo público o a un ámbito determinado y afectar, al personal laboral o al funcionarial o a ambos conjuntamente. En cuanto a su contenido, deben recoger todas las actuaciones que sean necesarias para la óptima utilización de los recursos humanos, siempre dentro de los límites presupuestarios y de acuerdo con las directrices de la política de personal. Ahora bien, el legislador autonómico se limita a establecer un listado abierto de las posibles medidas que puede contener el plan. Aunque es mucho más amplio que el previsto en el ámbito de la legislación básica estatal porque se recogen explícitamente nuevos supuestos, no ha dado el paso de imponerlo para la gestión de otras importantes instituciones funcionariales como, por ejemplo, para la evaluación del desempeño o la elaboración de la oferta de empleo público. Se parte, sin más, de la regla general de que, además de las medidas que expresamente contempla el precepto, puede contener cualquier otra permita conseguir los objetivos de eficacia y eficiencia que persigue este instrumento.

El PORH puede establecer la modificación de los sistemas de organización del trabajo o de las estructuras de puestos de trabajo, se entiende que mediante la modificación de las RPT. Puede disponer medidas de promoción interna, de recualificación de personal y de movilidad del personal, ya sea de movilidad forzosa o de movilidad voluntaria. Puede afectar a los mecanismos de provisión de puestos de trabajo previendo, por ejemplo, la convocatoria de concursos de provisión de puestos limitados a personal de los ámbitos que se determinen. Puede decidir la incorporación de nuevo personal a través de la oferta de empleo público o instrumento similar y determinar sectores prioritarios en necesidades de personal.

Como novedades, respecto del listado estatal, el plan puede recoger los incentivos que puedan anudarse a la jubilación voluntaria del personal, con respeto a lo previsto en la legislación sobre Seguridad Social, así como la posibilidad de que el plan pueda contener medidas de teletrabajo y de prestación de servicios a tiempo parcial. Podría tratarse de medidas idóneas que pueden contribuir a una mejor organización del trabajo y a evitar la improvisación. No obstante, aunque en la regulación que se hace del teletrabajo en su art. 37, aparece configurado como una forma "no ordinaria" de prestación de servicio, no se conecta ni se exige ningún PORH para su implantación. Se pierde la oportunidad de señalar la necesidad de establecer en este instrumento los posibles criterios para la adopción de esta medida y de identificar objetivos tanto organizativos, derivados de la planificación estratégica, como individuales relacionados con ellos y con la evaluación de su cumplimiento. Lo

mismo ocurre con el trabajo a tiempo parcial. El legislador no nos da ninguna pista al respecto, toda vez que el art. 40 de la Ley 5/2023 no contiene después ninguna exigencia de planificación para la fijación de los criterios que han de concurrir para su establecimiento.

Existen otros supuestos que, estando específicamente contemplados en esta ley, no aparecen mencionados en este listado, como hubiera sido preferible por razones de técnica jurídica y seguridad. Un claro supuesto de ello es lo previsto en las disposiciones adicionales vigesimoctava y en la vigesimonovena, que regulan dos valiosas herramientas de gestión de recursos humanos que permiten emplear de forma eficiente los efectivos disponibles que sean necesarios, bien para la consecución de objetivos estratégicos, bien para la atención de servicios comunes técnicos y especializados en órganos directivos centrales o periféricos. Me refiero a las unidades administrativas de apoyo temporal a la Junta y a las unidades administrativas se servicios comunes de la Administración de la Junta. También se ha previsto, además con carácter obligatorio, para los procedimientos de reasignación de efectivos del art. 133 de la ley y, en consecuencia, también para las situaciones administrativas conectadas con esta forma de provisión de puestos de trabajo, tal como sucede con la situación de expectativa de destino y con la excedencia forzosa reguladas en sus artículos 159 y 158, respectivamente, que no podrán ejecutarse sino a partir de la publicación del correspondiente plan. Asimismo, se exige también un PORH para solventar situaciones puntuales relacionadas con el exceso de personal a través del pase del funcionario a la situación administrativa de excedencia voluntaria incentivada, que proporciona un alivio temporal de hasta cinco años a la organización (art. 157 de la Ley 5/2023).

A mi juicio, no obstante, si bien estas medidas constituyen una innovación importante, sobre todo si tenemos en cuenta la situación de partida, no progresan lo suficiente para garantizar una utilización técnica más avanzada de este instrumento y que garantice plenamente la subordinación de la gestión del personal a los objetivos de la organización en materias como, por ejemplo, la evaluación del desempeño, que debería quedar también integrada en el marco de la planificación estratégica de cada Consejería y agencia, alineando los objetivos de la organización con los del trabajo del personal. Esta planificación estratégica, a partir de una previa reflexión organizativa, debería constituir el fundamento de la actuación administrativa en materia de función pública pues, en la medida en que proporciona conocimiento sobre el personal, permite optimizar también su capital humano, alineando y subordinando sus intereses al interés general, asegurando que los empleados públicos sean los más adecuados en sus perfiles técnicos. Por ello, hubiera sido muy razonable que se regularan estos instrumentos como una herramienta obligatoria de la Junta de Andalucía para gestionar el talento existente y retenerlo a través del diseño de itinerarios formativos y de carrera. Su vinculación con la oferta de empleo público y con los procesos de

evaluación de desempeño hubiera permitido también dotar de mayor transparencia y previsibilidad a las ofertas de empleo y facilitar la evaluación a partir de la planificación estratégica de la organización, teniendo en cuenta los recursos, objetivos y resultados de cada unidad como marco de valoración objetiva y objetivable.

La falta de previsión explícita en el texto de la ley de todos estos aspectos no ha impedido a la Administración la elaboración de un plan muy ambicioso, detallado e innovador, como es el primer plan estratégico de recursos humanos de la Administración General de la Junta de Andalucía 2023-30, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno el 24 de octubre de 2023. El plan pretende afrontar algunos de los retos más importantes que tiene planteada la Administración en los próximos años ante una plantilla envejecida y que debe adaptarse a las importantes transformaciones tecnológicas que se están produciendo en la Administración y en la sociedad. Contempla numerosas medidas innovadoras que se agrupan en cinco grandes líneas estratégicas que afectan a la selección y reclutamiento del personal, a la estructura y ordenación de los puestos de trabajo, a la carrera administrativa, a la formación y a la dirección pública profesional. Establece prioridades e incorpora modernas técnicas para una mejor gestión de personal. Así, introduce medidas para la implantación de las gestión por competencias y la gestión por objetivos, con la intención de potenciar el trabajo en equipo y reconocer mejor el talento interno y de la organización. Prevé la aprobación de diccionarios de competencias genéricas y específicas en determinados ámbitos de la Administración, lo que permitirá la adaptación de la formación al sistema de gestión de competencias. Contempla técnicas modernas para la consolidación de comunidades de prácticas y capacitación en innovación colaborativa, así como planes de acogida de los nuevos empleados públicos y del personal con discapacidad. Contiene medidas de reclutamiento para la captación del talento y para la mejora de la eficacia de los procesos selectivos. Prioriza medidas que buscan una mayor flexibilización de la estructura de los puestos de trabajo y la implantación de la dirección pública profesional mediante la aprobación del diccionario de competencias directivas y del correspondiente sistema para su acreditación, etc. Sin duda, su ejecución abocará a una Administración más moderna, más flexible y digital, que permitirá una mejor y más eficaz adaptación a las necesidades de la sociedad.

C. El procedimiento para su elaboración

Con mejor técnica jurídica que la prevista en el art. 69 del TREBEP, el art. 90 establece de forma explícita algunas determinaciones esenciales para la elaboración de los planes de ordenación de recursos humanos como son las relativas a las actuaciones previas que resultan necesarias para su redacción, a la intervención sindical en su redacción, a la determinación exacta del órgano que tiene la competencia para aprobarlos o a las fuentes que se han de respetar cuando el plan afecta al personal laboral. Así, y como no podría ser de otra manera, cuando se trata de establecer ac-

tuaciones para el personal laboral de la Junta, el legislador obliga a tener en cuenta lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores y en los correspondientes convenios colectivos que resulten aplicables.

Aunque algunos de estos aspectos ya se recogían en la legislación básica estatal, la nueva ley la mejora técnicamente al regular en un mismo precepto y de forma obligatoria algunas medidas que estaban diseminadas en la legislación estatal o que se dejaban a la libre disposición de la Administración. Así sucede, por ejemplo, con la negociación colectiva, a la que no se refería explícitamente el art. 69 del TREBEP y cuya regulación había que encontrarla en la letra c) del art. 37.1 del TREBEP, en la medida en que obliga a la negociación sindical en materia de planes de empleo (STS de 25 de noviembre de 2020, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª).

Lo mismo sucedía con los estudios previos del personal, los que muestran la foto y la radiografía de los empleados públicos y del talento existente en una organización. A ellos se refiere la letra a) del art. 69.2 del TREBEP que, al mencionar los análisis de las disponibilidades de personal, tanto desde el punto de vista del número de efectivos, como del de los perfiles profesionales o niveles de cualificación de los mismos, los configura meramente como uno de los posibles contenidos que, entre otros muchos, podía contener el PORH. La redacción del nuevo precepto nos parece mucho más adecuada al ser configurados estos análisis, no como un posible contenido del plan, sino como un requisito obligatorio que constituye una fase esencial y previa del mismo.

Este aspecto es muy importante porque ofrece una visión amplia y enriquecedora de la planificación. El plan debe ser una fotografía o, mejor dicho, una radiografía de lo que tiene una Administración y de lo que necesita para cumplir de manera adecuada con todas las funciones que tiene encomendadas, optimizando la gestión del personal existente y extrayendo todo su talento. Por ello, es necesario que la redacción del plan vaya forzosamente precedida de un análisis de su personal, no solo cuantitativo, sino también cualitativo. Debe ir acompañado de un estudio de las disponibilidades o necesidades de personal, atendiendo tanto al número de efectivos como a sus perfiles profesionales o niveles de cualificación. En ese sentido, la planificación puede y debe ser utilizada como una herramienta que permita también la captación del talento en la Administración, la identificación de los conocimientos y competencias del personal existente[12] y la articulación de una adecuada política de personal a través de la formación, la carrera, la promoción interna y la movilidad. Así, por ejemplo, a partir de esta valiosa información sobre el talento oculto existente en la organización se podrían diseñar itinerarios formativos y de carrera para cubrir

[12] JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, "Estrategias para modernizar la gestión pública de recursos humanos en un contexto de contención presupuestaria: efectos de las medidas de ajuste, instrumentos de planificación y medidas de innovación", en la *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº 4, junio de 2013, p. 91.

las lagunas de personal que se detecten en la Administración andaluza. Este análisis dependerá del ámbito de actuación del PORH y de su extensión, toda vez que éste puede afectar al conjunto de la Administración o a un determinado sector orgánico o funcional de la misma. Debe constituir, en todo caso, la fase inicial de todo plan y ser premisa del mismo.

Puede decirse, en consecuencia, que el legislador autonómico trata de abordar las necesidades organizativas de la Administración andaluza superando el enfoque estático de los PORH, esto es, la visión meramente cuantitativa y exclusivamente numérica de cuántos empleados tiene la Administración y dónde los tiene, para situar a la Administración en una consideración dinámica y cualitativa, lo que es y lo quiere ser en función de sus necesidades y, sobre todo, de los objetivos y finalidades que la misma deba desarrollar, toda vez que lo relevante de las organizaciones no debe ser únicamente el número de los empleados públicos sino más bien sus habilidades, sus cualificaciones profesionales, sus competencias, su idoneidad funcional y, en definitiva, su talento[13]. Se echa en falta, sin embargo, que no se haya previsto ninguna obligación de evaluación posterior del plan que permita llevar a cabo un adecuado seguimiento del cumplimiento de los objetivos y, en su caso, introducir las medidas correctoras que puedan resultar necesarias[14].

Por último, el legislador también asigna responsabilidades en esta materia. Atribuye la competencia para su aprobación al Consejo de Gobierno de Andalucía, tras su previa negociación colectiva con los sindicatos. Ello contrasta con la atribución competencial -bastante más operativa- que realiza el art. 7.2 del Decreto-Ley 3/2021 para la gestión de los fondos europeos. En este caso se prevé la elaboración de planes estratégicos de gestión de recursos humanos en el seno de cada Consejería y ente instrumental y se atribuía su aprobación a la persona titular de la Viceconsejería.

---

[13] PALOMAR OLMEDA, Alberto, "Impasse y deterioro del marco jurídico. ¿Habrá que cambiar el EBEP antes de aplicarlo", en la *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas, nº 3, junio de 2012,* pp. 81 y ss.

[14] La falta de previsión del legislador no ha impedido, sin embargo, que el Plan estratégico de los recursos humanos de la Administración General de la Junta de Andalucía 2023-2030, con gran acierto, haya creado una Comisión de seguimiento para conocer periódicamente el nivel de ejecución del plan. Ello permitirá detectar, con antelación suficiente, posibles desviaciones y, en su caso, poder determinar estrategias y alternativas para superarlas.

Esta falta de previsión legal no ha impedido que el primer plan estratégico de los recursos humanos de la Administración General de la Junta (2023-2030) no haya establecido un plan de actuación al respecto, partiendo del problema detectado sobre la falta de realización de análisis sobre las cargas de trabajo. Se establecen determinados programas de actuación en este ámbito para seleccionar personas con talento y capacidad de innovación y, sobre todo, para selección personal con base en las competencias que requiere en cada caso la Administración autonómica.

2. El instrumento para proveer personal de nuevo ingreso: la oferta de empleo público

El instrumento previsto por el legislador para organizar y centralizar el proceso de selección de los empleados públicos es la oferta de empleo público o instrumento similar que pueda establecerse, regulada en el art. 91 de la Ley. Su finalidad no es otra que la de plasmar las necesidades de personal de nuevo ingreso, lo que exige que previamente la Junta de Andalucía haya realizado una reflexión organizativa previa sobre su personal, sobre las funciones que pueden desarrollarse con los empleados públicos de los que dispone, utilizando los medios de provisión de puestos de trabajo o la promoción interna o, por el contrario, decidiendo ofertar a la sociedad los puestos vacantes que necesite cubrir con personal de nuevo ingreso. En todo caso, el precepto reproduce, sin grandes novedades, el régimen previsto en los artículos 35 y 36 de la Ley de 1985, aunque realiza una distinta ordenación sistemática de esta institución pues, de estar regulada en el capítulo dedicado a la selección de personal pasa al capítulo dedicado a los instrumentos de planificación, siguiendo así el modelo previsto en el capítulo I del Título V del TREBEP.

A pesar de esta pretendida relación entre la oferta y la planificación, el legislador autonómico no remata la faena y sigue manteniendo una visión un poco pobre de este instrumento pues ni configura la planificación estratégica como un instrumento obligatorio en la Administración ni exige forzosamente que los planes contengan los criterios y las medidas necesarias para articular la oferta de empleo público. Se limita, sin más, a prever la posibilidad de que los planes puedan contener medidas para la incorporación de nuevo personal a través de la oferta de empleo público o la determinación de sectores prioritarios en necesidades de personal. No impone estos contenidos a los PORH que, en su caso, puedan elaborarse. A pesar de que considera la oferta como uno de los tres elementos de planificación que contiene el capítulo primero del Título VIII, no la vincula a una previa y necesaria planificación estratégica de la Junta de Andalucía, a diferencia de lo que ocurre con la configuración que se vislumbraba, por ejemplo, en el Proyecto de Ley de la Función Pública de la Administración de 24 de marzo de 2023, que decayó con la celebración de las elecciones generales de julio de 2023 o con el modelo resultante de lo previsto en los artículos 107 y 108 del *Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo.* Como es lógico, en el nuevo modelo se resalta la especial relación que debe existir entre ambos instrumentos. La oferta debe realizarse en el marco de la planificación estrategia, donde previamente se han debido establecer los criterios y las medidas necesarias para articular la oferta de empleo público, para orientar los mecanismos de movilidad, las convocatorias de provisión de puestos y los procesos de promoción interna,

para proponer los itinerarios formativos requeridos y para establecer objetivos de desempeño, fomentando en todo caso el talento interno. A partir de lo previsto en la planificación, la oferta se configura como el acto por el que se definen y cuantifican los efectivos de personal en función de las necesidades de la Administración y de las políticas públicas prioritarias del Gobierno previamente determinadas. En la regulación estatal queda definitivamente clarificada su especial naturaleza jurídica. Como ha señalado la STS de 26 de octubre de 2023 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta), la oferta de empleo público no tiene naturaleza de disposición reglamentaria. Es un instrumento fundamental de planificación que, en principio, debe ser aprobada y publicada anualmente por cada Administración Pública, teniendo en cuenta sus necesidades de personal de nuevo ingreso, así como la necesaria cobertura presupuestaria, aunque no exige que las plazas contempladas en una determinada oferta de empleo público hayan de ser ineludiblemente convocadas y adjudicadas dentro de ese año. En Madrid, a 26 de octubre de 2023.

Aunque haya cambiado de ubicación en el texto de la nueva ley, la relación entre la oferta y los procesos selectivos es evidente. No puede seleccionarse si previamente no se han ofertado públicamente las plazas vacantes dotadas presupuestariamente. Ahora bien, la ubicación en un título y capítulo diferente obedece a la necesidad de relacionar esta institución con los demás instrumentos de ordenación y planificación de los recursos humanos y, en todo caso, denota el valor que tiene esta institución. No se trata de un instrumento meramente informativo, sino de un requisito imprescindible para la selección del personal. A pesar de esta vinculación, no es un acto de trámite del proceso de selección, "sino más bien un acto autónomo y previo que condiciona su iniciación[15]". A través de esta herramienta se canaliza la incorporación de los nuevos empleados públicos que se necesitan para seguir prestando los servicios públicos y para realizar las funciones que tiene encomendadas la Administración. Para ello es necesario que exista la correspondiente asignación presupuestaria. A sensu contrario, y por si quedaba alguna duda, el legislador clarifica que no podrán convocarse pruebas selectivas para la provisión de plazas cuya cobertura no se halle comprometida en la oferta de empleo público o instrumento similar.

La nueva regulación soluciona directamente una duda que se plantea frecuentemente, como es la de determinar si antes de sacar las plazas a oferta de empleo público es necesario ofertar dichos puestos para su provisión entre los funcionarios de carrera o empleados laborales de la Administración. La respuesta es tajante. No será necesario que los puestos de trabajo ofertados para ingreso de nuevo personal hayan sido convocados previamente para su provisión por el procedimiento de concurso de méritos.

[15] SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (2020:124).

Por otra parte, la nueva ley regula con gran amplitud -y siguiendo la última jurisprudencia elaborada sobre este aspecto- el contenido mínimo de la oferta de empleo público o del instrumento similar que se establezca, que deberá recoger, al menos, el número de plazas vacantes que deban cubrirse por personal funcionario de carrera y por personal laboral fijo, señalando las plazas correspondientes a personal funcionario de carrera agrupadas por grupos, subgrupos, cuerpos, especialidades y, en su caso, opciones, y las de personal laboral fijo agrupadas por grupos y, en su caso, por categorías, especificando el número de plazas que corresponden a cada uno de los sistemas de acceso. Debe reservar un cupo de las vacantes para ser cubiertas por personas con discapacidad, que se realizará sobre el cómputo total de las vacantes incluidas en la oferta de empleo público o instrumento similar que determine la normativa vigente, aunque cabe la posibilidad de que puedan reservarse en aquellas convocatorias de cuerpos, especialidades u opciones de personal funcionario y categorías de personal laboral cuyo desempeño se adapte mejor a las peculiaridades de las personas con discapacidad.

Clarifica así la solución dada al problema que se ha planteado respecto de la inclusión o no en la oferta de empleo público de las plazas de promoción interna, toda vez que, en rigor, la promoción interna es una modalidad de carrera profesional y no un sistema para el acceso (nuevo ingreso) al empleo público y, por ello, pudiera efectuarse una aproximación muy restrictiva en cuanto al contenido de la oferta de empleo público, afirmando que el artículo 70.1 del TREBEP no se estaría refiriendo directamente a la promoción interna cuando habla de necesidades de recursos humanos que deban proveerse mediante la "incorporación de personal de nuevo ingreso". El legislador autonómico ha tenido en cuenta que la jurisprudencia ha realizado una lectura muy amplia de este instrumento, basándose en la interpretación realizada clásicamente del art. 18 de la Ley 30/1984 de medidas urgentes para la reforma de la función pública, cuyo contenido era esencialmente el mismo que el del art. 70. Ha entendido que cuando establece la exigencia de inclusión de las plazas que deban proveerse no contempla salvedad alguna para la exclusión de las plazas reservadas al sistema de promoción interna.

Ante la falta de exclusión expresa, ha considerado que la previsión legal de inclusión alcanza a la promoción interna. Así lo ha entendido la jurisprudencia, entre otras, en la STS de 3 de marzo de 2022, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección4ª, que se ha pronunciado en casación sobre el contenido de la oferta y la interpretación que hay que dar al art. 70.1 del TREBEP. Ha señalado que la previsión de inclusión de plazas en la oferta de empleo público alcanza también a las plazas que deban ser ofertadas a procesos selectivos de promoción interna. Esta conclusión viene a coincidir con una interpretación amplia del concepto de oferta de empleo público, como comprensiva de todas las plazas vacantes y dotadas presupuestariamente que

vayan a ofertarse a la incorporación de nuevo personal. Se trataría de una exigencia del principio de transparencia de la actuación administrativa que, según la Sala, es un principio que contribuye a garantizar la clara delimitación y concreción de los objetivos de la oferta de empleo y, además, posibilita que los potenciales destinatarios de la oferta tengan un conocimiento más exacto de las plazas que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso.

Pues bien, el legislador autonómico aclara -aunque en otro precepto- estos extremos e incluso establece una reserva de plazas ofertadas a la promoción interna. A ello se refiere explícitamente el art. 57.2.a) al regular que la oferta debe incluir un mínimo del veinticinco por ciento de plazas para la promoción interna, que pueden proveerse en la misma convocatoria del turno de acceso libre o mediante una convocatoria independiente.

Se aprueba anualmente por el Consejo de Gobierno de la Junta, a propuesta de la Consejería competente en materia de función pública y previa negociación colectiva, al menos en lo que se refiere a la fijación de sus criterios generales (art. 8.2.f), en relación con el art. 9.1.a) y con el art. 85.1.l) de la Ley 5/2023). Aunque el legislador autonómico ha olvidado en este precepto hacer referencia expresa a la publicidad que ha de dotarse a este instrumento por su propia naturaleza, es obvio que debe ser publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía y en el Boletín Oficial del Estado para que cualquier ciudadano interesado en acceder al empleo público pueda conocer la existencia de estos puestos de nuevo ingreso. Esta exigencia es imprescindible para satisfacer el derecho fundamental de acceso a la función pública previsto en el art. 23.2 de la Constitución española. Ello explica que la publicidad de las ofertas sea uno de sus aspectos más característico, pues es lo que permite a cualquier ciudadano conocer con antelación y en igualdad de condiciones las oportunidades de empleo público que les puedan interesar de cualquier Administración y en cualquier parte del territorio[16].

La aprobación de la oferta de empleo público o instrumento similar comporta, como es obvio, la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas, con la posibilidad de un aumento de hasta un diez por ciento adicional de las ofertadas. La Disposición adicional vigesimoctava contiene un régimen especial como medida dirigida al control de la temporalidad en el empleo público, aunque ello se vincula directamente con la existencia de un instrumento de planificación. Tras reiterar la necesidad de que las Administraciones públicas de Andalucía cumplan las medidas dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público establecidas en la disposición adicional decimoséptima del TREBEP,

[16] *Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, de 25 de abril de 2005, presidido por Miguel Sánchez Morón (en adelante, informe de la comisión de expertos), p. 74.

habilita para que las convocatorias puedan ampliar hasta en un 20% las plazas para cubrir posibles futuras vacantes, a cargo de las ofertas de empleo público de los dos años siguientes, de conformidad con el plan de ordenación de recursos humanos. En este caso, y como garantía de que se respetan las limitaciones que, en su caso, pueda establecer la tasa de reposición de efectivos, se ha previsto que la adjudicación de estas plazas adicionales no se efectúe antes de que se determine la tasa de reposición correspondiente al año en que se produzca la vacante, de modo tal que, las plazas adjudicadas de acuerdo con este sistema se deducirán de las ofertas de empleo público de los dos años siguientes, salvo que se trate de plazas necesarias para la puesta en marcha y funcionamiento de nuevos servicios cuyo establecimiento venga impuesto en virtud de una norma estatal o autonómica[17].

La oferta de empleo público vincula a todo proceso selectivo que convoquen las administraciones públicas, sean de acceso libre o promoción interna. Ahora bien, es preciso tener en cuenta que la convocatoria para la provisión de unas plazas existentes en la plantilla y dotadas presupuestariamente no constituye de por sí una oferta de empleo, pues es claro que la oferta de empleo público tiene de por sí sustantividad, como acto perfectamente diferenciado.

La ejecución de la oferta de empleo público, tal como se prevé con carácter imperativo en el ámbito estatal, debe desarrollarse en el plazo improrrogable de tres años. A pesar de que el art. 70 del TREBEP prevé expresamente que la oferta establezca el plazo máximo para la convocatoria de los procesos selectivos y, en consecuencia, que pueda establecerse forzosamente un plazo inferior al de los tres años, el

[17] Estas plazas adicionales, que no pueden ser objeto de cobertura con personal funcionario interino o laboral temporal, se cubrirán con las personas aspirantes que, sin formar parte de la relación definitiva de personas que los superan, hayan participado en los procesos selectivos que correspondan al cuerpo, especialidad, escala o categoría profesional a que esté adscrita la vacante. Estas personas serán nombradas personal funcionario de carrera o contratadas como personal laboral fijo, de acuerdo con lo que corresponda, según su orden de prelación en el proceso selectivo. En la misma línea, la Disposición adicional trigésima séptima prevé reglas especiales para la estabilización de empleo temporal, en virtud de lo previsto en las disposiciones adicionales sexta y octava de la Ley 20/2021 de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, que ahora han de entenderse ampliadas en virtud de lo previsto en el art. 217 del insólito *Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea. Básicamente*. Con esta última norma se garantiza un polémico derecho de acceso a los procesos derivados de la disposición adicional octava para que las Administraciones convoquen antes del 31 de diciembre de 2023 una nueva oferta de empleo público con un número de plazas de la tasa adicional, que será el equivalente a aquellas de naturaleza estructural, ocupadas de forma temporal a 30 de diciembre de 2021, por personal con una relación de esa naturaleza anterior al 1 de enero de 2016, que no hubiera superado el proceso de estabilización convocado con un sistema selectivo distinto al previsto en la disposición adicional octava de la Ley 20/2021.

legislador no ha debido considerar oportuno habilitar al Gobierno de la Junta para autolimitarse y establecer expresamente plazos de ejecución inferiores. Ello hubiera sido, sin duda, una opción muy interesante para acelerar la incorporación del nuevo personal. Ahora bien, aunque no lo haya previsto expresamente, ello no quiere decir que no pueda hacerlo, toda vez que así lo prevé específicamente el legislador básico estatal. El legislador autonómico ha perdido la posibilidad de agilizar los procesos selectivos, que es una de las causas que tradicionalmente han contribuido a agravar el problema del exceso de temporalidad en el empleo público. Para ello hubiera bastado con adoptar algunas medidas básicas como las previstas ahora en el art. 108.2 del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, para el personal de la Administración General del Estado, que ha previsto, sin más, que las convocatorias deben ejecutarse en el plazo máximo de dos años desde su publicación, y las respectivas fases de oposición en un año, salvo causa justificada.

Sobre los importantes efectos que para la validez del proceso selectivo tiene este plazo conviene traer a colación la STS de 21 de mayo de 2019, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, que se ha pronunciado sobre la caducidad del plazo de ejecución de la OEP. La Sentencia ha señalado la relevancia que posee este límite temporal de ejecución de tres años, pues tiene su lógica que las ofertas aprobadas para un ejercicio determinado se ejecuten mientras permanezcan las necesidades en virtud de las cuales se elaboraron, necesidades que razonablemente pueden variar de manera significativa más allá de ese margen. Es más, el plazo de tres años que establece el art. 70.1 del TREBEP tiene carácter esencial pues, como se señala en dicha sentencia, ello se deduce claramente del tenor literal del precepto. Ante una prescripción legal que impone "la obligación de convocar procesos selectivos para las plazas comprometidas", que exige ejecutar la oferta de empleo público "en todo caso" dentro de ese margen temporal y que después añade que el plazo será "improrrogable", son precisas razones muy poderosas para no deducir de esa disposición el carácter invalidante del incumplimiento del plazo". En consecuencia, la ejecución de la oferta más allá de esos tres años implicaría la declaración de anulabilidad de las actuaciones administrativas por así exigirlo la naturaleza esencial de dicho plazo y con las consecuencias que a tal declaración se anudan (art. 48.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

3. La herramienta para la información y gestión (integrada) de los recursos humanos: el registro de personal

El registro de personal, como señala Vázquez Garranzo, es un instrumento básico para la planificación de recursos humanos de las Administraciones Públicas, donde se han de incorporar, mediante asientos, inscripciones o anotaciones, los actos administrativos y demás circunstancias relacionadas con el historial profesional de

su personal. En él se anotan preceptivamente los actos que afecten a la vida administrativa del empleado público.

Es un instrumento esencial para que los órganos encargados de la ordenación, planificación y gestión de los recursos humanos dispongan de la información necesaria para llevar a cabo su política de personal[18]. En consecuencia, tiene al menos una doble función: la acreditación de los actos que afectan a la vida profesional de cada empleado público y la función informativa, que tiene una clara relación instrumental con la ordenación y planificación de recursos humanos, de ahí la inclusión del legislador en el capítulo dedicado a la planificación. Es precisamente esta segunda función la que permite dotar al registro de una especial naturaleza como un instrumento de ordenación y planificación de los recursos humanos al proporcionar a los gobernantes los datos y las informaciones que son relevantes para facilitar su estudio y análisis.

Es imprescindible que la Administración de la Junta disponga de una información cada vez más extensa y detallada de su personal, de la realidad de su empleo público y de su evolución. La información, como ya reconociera el *Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, de 25 de abril de 2005, es la base de partida para elaborar una correcta política de personal, para mejorar los criterios e instrumentos de gestión y, en particular, para desarrollar la planificación estratégica en la materia[19]. Por ello no sorprende la importancia que el legislador le ha querido dar a este instrumento y la regulación tan extensa y detallada que ha realizado de los registros de personal. La medida parece muy acertada dada la importancia que tiene el registro y los efectos que tienen en el empleado público sus inscripciones y anotaciones, más que nada porque la regulación de esta materia se había quedado particularmente desfasada. En la ley de 1985 se dedicaba exclusivamente un único y escueto precepto a la regulación de esta materia, mientras que la nueva ley le dedica ocho extensos artículos, lo que nos da idea de la importancia que tiene este instrumento.

La nueva regulación se caracteriza por su enfoque universal, la completitud de su régimen jurídico y su visión integradora con otros instrumentos de gestión como los PORH y con otras instituciones más novedosas de la nueva ley que permiten una

[18] VÁZQUEZ GARRANZO, Javier, *Comentarios a la ley 7-2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, obra coordinada por Raquel Yolanda Quintanilla Navarro y Alberto Palomar Olmeda y dirigida por Antonio Vicente Sempere Navarro, 2008, pp. 618-627.

[19] Tal como exponían GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F.,"*el estudio del llamado Derecho registral administrativo es una de las <<asignaturas pendientes>> que aún no hemos aprobado los iusadministrativistas: un auténtico cosmos administrativo del que desconocemos casi todo y cuyo estudio con visión organísmica, como totalidad organizada, como sistema en suma, no puede demorarse por más tiempo*". *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Vol. I, 2ª edición, Civitas, Madrid 1999, pag. 1021.

política más avanzada y automatizada de la gestión de los recursos humanos. Contiene una llamada a la colaboración reglamentaria, que va a resultar imprescindible para desarrollar esta materia, repensarla y actualizarla, especialmente en todos los aspectos relativos al régimen de inscripción y anotación de datos. Supone una importante mejora del régimen jurídico de los registros.

A. Los registros andaluces en la legislación precedente

El art. 15 de la *Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía*, se había dictado al amparo del derogado art. 13 de la *Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública*, pero ni siquiera recogía expresamente las técnicas de cooperación y de coordinación entre registros que mencionaba la legislación básica estatal. Este último precepto de la Ley 30/1984 obligaba a las Comunidades Autónomas y a las Entidades Locales a constituir también sus propios Registros de Personal. Establecía técnicas de coordinación y cooperación entre los registros de las distintas Administraciones públicas. Cuando las Entidades Locales no contaran con suficiente capacidad financiera o técnica, las Comunidades Autónomas, por sí mismas, o por delegación en las Diputaciones Provinciales, los Cabildos o los Consejos Insulares, cooperarían a la constitución de dichos Registros y fijaba la obligación de coordinación de todos los registros de personal de todas las Administraciones Públicas, para lo que remitía al Gobierno, previa deliberación del Consejo Superior de la Función Pública, para que regulara los mínimos contenidos homogeneizadores de los Registros de Personal y los requisitos y procedimiento para su utilización recíproca. Estas exigencias fueron abordadas a través del *Real Decreto 1405/1986, de 6 de junio, por el que se aprueban el Reglamento del Registro Central de Personal y las normas de coordinación con los de las restantes Administraciones Públicas*, que, aunque ha sido derogado casi en su integridad, mantiene todavía los requisitos mínimos homogeneizadores de todos los registros de personal y les obliga a dar acceso telemático al registro central de personal y a la actualización interactiva de datos. Asimismo, entre otros aspectos, establece la obligación de todos los registros de acomodar sus procedimientos de actuación para permitir la utilización recíproca de la información contenida en los mismos.

Pues bien, el legislador autonómico de 1985 ni siquiera recogió en el texto de la ley estas técnicas de coordinación y cooperación entre registros. El nuevo legislador andaluz ha venido a actualizar este marco regulador que se había quedado desfasado, a completar el régimen jurídico de los registros y a dar cobertura legal a algunas reglas básicas de los registros de personal. La modificación resultaba necesaria porque el art. 15 de la Ley andaluza 6/1985 establecía un régimen excesivamente escueto, que se limitaba básicamente a mencionar la existencia en la Consejería de Presidencia de un Registro General de Personal en el que debía inscribirse a todo

el personal y en el que se anotarían todos los actos que afectaran a la vida administrativa del empleado, salvo los datos relativos a la raza, religión y opinión, toda vez que la utilización de los datos del Registro está sometida a las limitaciones previstas en el artículo 18.4 de la Constitución. Dicho registro debía estar coordinado con el registro central del personal regulado en el artículo 13 de la Ley 30/1984. El precepto declaraba el derecho de los empleados públicos a conocer su propio expediente y a obtener certificados del mismo y establecía una cláusula general respecto de la eficacia de las inscripciones en el registro, de tal modo que, los derechos individuales reconocidos al personal no son efectivos sin la previa inscripción en el Registro. La inscripción se configura como un requisito de eficacia del acto administrativo.

La nueva ley recoge algunos contenidos del *Decreto 9/1986, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Regulador del Registro General de Personal y de la Orden de 25 de abril de 1986, de desarrollo del Decreto 9/1986, de 5 de febrero, regulador del Registro General de Personal*. Su art. 95 invoca directamente a la colaboración de un futuro reglamento de desarrollo de esta materia, que va a ser necesario para la organización y el funcionamiento del Registro General de Personal. Atribuye su gestión a la Consejería con competencias en materia de Función Pública, así como la iniciativa para el ejercicio de la potestad reglamentaria, teniendo en cuenta criterios mínimos y homogeneizadores que faciliten la coordinación con los registros del resto de Administraciones públicas de Andalucía y de la Administración del Estado. Ello, claro está, sin perjuicio de que atribuya a cada consejería o agencia del sector público andaluz la responsabilidad de promover las inscripciones registrales relativas a su personal, así como la obligación de proporcionar y mantener actualizada la información sobre sus recursos humanos.

Es destacable la completitud del régimen jurídico de los registros de personal, en desarrollo de lo previsto con carácter básico en el actual art. 71 del TREBEP, que obliga a cada Administración pública a crear un registro en el que se inscriban los datos relativos a su personal, que pueden disponer también de la información agregada sobre los restantes recursos humanos de su respectivo sector público y que han de recoger los contenidos mínimos comunes que se establezcan mediante convenio de Conferencia Sectorial para permitir el intercambio homogéneo de la información entre Administraciones, con respeto a lo establecido en la legislación de protección de datos de carácter personal. El Ministerio de Hacienda y Función Pública tiene habilitado una web para facilitar a las comunidades autónomas y las Universidades Públicas la remisión de información al Registro Central de Personal. Con estos datos se elabora el Boletín Estadístico del Personal al servicio de las Administraciones Públicas (BEPSAP). Este boletín es una operación estadística incluida en el Plan Estadístico Nacional y, por tanto, la remisión de datos tiene carácter obligatorio para las Administraciones Públicas, de acuerdo con el artículo 7 de la ***Ley 12/1989, de 9***

de mayo, de la Función Estadística Pública, y la disposición adicional cuarta de la *Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 1990*[20].

B. El Registro General de Personal de la Junta de Andalucía

El art. 93 de la Ley 5/2023 regula el Registro General de Personal que ha de existir en la Administración General de la Junta de Andalucía. Está adscrito a la Consejería que tenga atribuidas en cada momento las competencias en materia de Función Pública. Deben inscribirse en él todos los actos que afecten al desarrollo profesional del personal comprendido en su ámbito de aplicación, remitiendo para su desarrollo a una norma reglamentaria. Se parte, pues, de una pretensión de universalidad de personas y actos que debe ser apoyada, de una parte, por la utilización de la técnica informática y, por otra, con la simplificación al máximo de los modelos de impresos y solicitudes que se manejen.

Hubiera sido deseable, a mi juicio y en buena técnica jurídica, establecer una regulación explícita sobre las finalidades del registro. Buen ejemplo de ello da el art. 53.3.c) de la *Ley 11/2022, de 1 de diciembre, de Empleo Público Vasco*, que establece las tres finalidades básicas de sus registros y, de paso, clarifica la naturaleza condicionante solo de algunas de sus inscripciones[21]. Los registros vascos tienen como finalidad básica garantizar la constancia registral de los expedientes personales del personal en él inscrito, tanto como garantía para el interesado como instrumento de ayuda a la gestión de los recursos humanos. Asimismo, se crean con el fin de disponer de toda la información sobre el personal del sector público vasco que los órganos responsables de su planificación necesiten para el análisis y seguimiento de su evolución, así como para la emisión de certificaciones de los datos que en dichos registros constan y, por último, los registros se crean con la finalidad básica de determinar las retribuciones que pueden ser objeto de inclusión en la nómina de cada empleado público, de tal manera que no pueden abonarse remuneraciones sin haberse previamente inscrito en el registro de personal el acto o resolución que las hubiere reconocido.

A falta de una regulación explícita de las finalidades del registro, de la nueva regulación se desprende que el registro no es solo un mero instrumento de planificación, sin perjuicio del componente planificador que pueda tener la gestión integrada de los recursos humanos. Su naturaleza va más allá de la mera planificación para

[20] https://funcionpublica.hacienda.gob.es/funcion-publica/rcp/siep.html

Con objeto de recabar la información estadística de efectivos al servicio de las Comunidades Autónomas e incluir estas cifras en el BEPSAP, se ha desarrollado un "Sistema de Información de Estadísticas de personal" (SIEP) que sustituye al envío de ficheros en formato hoja de cálculo que se remitían en semestres anteriores.

[21] En el mismo sentido el art. 4 de la Orden de 17 de mayo de 2023, por la que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Registro de Personal de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias (BOC de 26 de mayo de 2023).

convertirse en una valiosa herramienta de información y de gestión, especialmente en virtud de los importantes efectos que las inscripciones tienen para los empleados públicos. En este sentido, podría decirse que tiene una doble finalidad, pues es un instrumento que asegura la constancia registral de los datos relativos al personal inscrito y, a la vez, es un instrumento que actúa como valiosa fuente de información sobre los recursos humanos de la Administración de la Junta de Andalucía. Le permite disponer de la información sobre el personal que después los órganos responsables de su planificación necesiten para el análisis y seguimiento de su evolución.

El Registro de Personal se configura como una garantía para el personal de la Junta y a la vez constituye un instrumento de utilidad para esta, de forma que los datos contenidos en él se revelan de vital importancia para la gestión, ordenación y planificación de los recursos humanos públicos y constituyen una fuente de información fiable sobre la situación exacta de sus empleados públicos. Permite a la Junta tener una fotografía exacta de su personal y tratar la información registral con finalidades estadísticas, organizativas y de gestión pública del personal, al mismo tiempo que facilita el análisis y la posterior planificación en materia de recursos humanos por parte de las unidades administrativas competentes.

Para garantizar su utilidad se adoptan dos tipos de medidas de gran interés. En primer lugar, para tener la foto completa, se obliga al Registro General de Personal de la Administración General de la Junta de Andalucía a crear una sección diferenciada en la que se incluirá información de los Registros de personal de las entidades locales, de las Universidades públicas de Andalucía y del personal de la Administración de Justicia competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía, a los efectos de análisis y valoración de la situación del empleo público andaluz (art. 98). También se puede incluir la información sobre los recursos humanos de otras instituciones de gobierno de Andalucía, aunque en este caso se requiere el previo acuerdo o convenio entre la Junta y la institución. Ello permite la información de datos agregados respecto de todo el personal de la comunidad autónoma y supone un importante avance para no dejar al margen de los registros a una parte considerable de empleados públicos en sentido amplio. Ello requiere que los registros se doten de sistemas informáticos integrales de gestión en materia de personal. Estos sistemas resultan imprescindibles para conocer la situación exacta de cada empleado público y para poder utilizar adecuadamente otros instituciones complejas como la evaluación del desempeño[22].

En segundo lugar, se habilita expresamente para que la Junta pueda optar por una cultura de gestión integral de recursos humanos que, en el ámbito privado, se considera como una de las claves del éxito organizacional porque pone al empleado

[22] SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (2020:118).

en el centro del sistema. Ello supone avanzar hacia un modelo basado en los datos. Efectivamente, el art. 99 de la Ley prevé que pueda existir un único sistema de gestión integrada de los recursos humanos a través de la aplicación informática correspondiente que permita la interoperabilidad entre los distintos sistemas de gestión de recursos humanos. Para ello se habilita al Registro General de Personal a constituir una base de datos en la que los propios empleados públicos o la Administración puedan solicitar voluntariamente la anotación de los méritos curriculares que el funcionario o laboral vayan obteniendo a lo largo de su vida profesional y se determinen reglamentariamente. Esta base de datos se utilizará para automatizar la gestión de los procedimientos relacionados con el personal público. Esta gestión integrada se atribuye a la dirección de la Consejería competente en materia de Función Pública. Asimismo, se prevé que también las agencias del sector público puedan implantar su propia gestión integrada de recursos humanos, en cuyo caso debe ser también interoperable con el sistema adoptado por la Administración de la Junta de Andalucía.

La gestión integrada puede aportar una visión muy valiosa sobre el perfil de los empleados públicos y puede ser tenida en cuenta a la hora de elaborar el PORH. Permite a la Administración conocer la trayectoria de cada empleado público. Proporciona un repositorio de información actualizada que puede utilizarse, por ejemplo, para diseñar planes de formación o planes de carrera del personal. Además, esta base de datos está pensada para poder automatizar la gestión de los procedimientos de gestión del personal, lo que puede contribuir a aumentar la precisión en la gestión integral de los recursos humanos. Se cumple de esta manera con el impulso de la gestión integrada de recursos humanos que dispone el art. 71.4 del TREBEP.

C. Los restantes registros y los principios de coordinación y cooperación

El nuevo legislador obliga a cada Administración pública y a las entidades de su sector público instrumental a constituir su propio registro en el que se van a inscribir todos los datos relativos a su personal (art. 92). Ello supone que todas las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía, independientemente de su naturaleza pública o privada, deben dotarse de un registro. La obligación abarca, en consecuencia, a todas las agencias andaluzas, ya sean agencias administrativas, agencias públicas empresariales o agencias de régimen especial. Todas ellas tienen la consideración jurídica de "Administración institucional dependiente de la Administración de la Junta de Andalucía". Asimismo, la obligación del registro también abarcaría a las entidades instrumentales privadas que conforman su sector público, esto es, a las sociedades mercantiles y a las fundaciones del sector público andaluz (art. 52 de la *Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía*). La extensión de la obligación de creación de un registro a todo tipo de entidades instrumentales dependientes de la Administración andaluza supone cortar con

la tendencia de dejar al margen de los registros a una parte importante de empleados que se retribuyen al fin y al cabo con dinero público.

Se atribuye a cada Consejería de la Junta de Andalucía o agencia del sector público andaluz la responsabilidad de promover las inscripciones registrales correspondientes a los actos que generen el desarrollo profesional de su personal y la carrera profesional, así como de proporcionar y mantener actualizada la información de sus recursos humanos. Aunque el legislador no lo mencione expresamente, también será la Consejería o agencia de adscripción de la sociedad mercantil la responsable de estas inscripciones (art. 76.2.g. de la Ley 9/2007). Se sigue así la línea establecida con carácter básico en el art. 71 del TREBEP, que obliga a cada Administración Pública, incluyendo, por supuesto, a las Administraciones locales, a constituir un Registro para inscribir los datos relativos al personal empleado público que, además, puede disponer también de la información agregada sobre los restantes recursos humanos de su respectivo sector público.

Una novedad importante es la inclusión por vez primera y de forma expresa en el texto de la ley de los principios de coordinación y cooperación entre los distintos registros públicos de la comunidad autónoma andaluza. Ello es lógico si tenemos en cuenta la pluralidad de registros existentes. La coordinación de los registros exige que se establezcan algunas reglas comunes y homogéneas de la información que debe contenerse en ellos y que se regulen los deberes de cooperación entre Administraciones a efectos de la transmisión de los datos[23].

Dicha coordinación es también imprescindible para facilitar el intercambio homogéneo de información entre Administraciones, ya sea para fines estadísticos u otros como, por ejemplo, la promoción de la movilidad del personal[24]. Uno de los aspectos más resaltables del nuevo régimen es, sin duda, el relativo a la coordinación de todos los distintos registros de personal de las Administraciones públicas de Andalucía (art. 96), aunque el legislador no remata la jugada y remite directamente a un reglamento para que establezca y desarrolle la forma y el contenido de su coordinación.

Este principio es de gran importancia porque el conocimiento de la información contenida en todos los registros de personal de la junta, especialmente la de su sector público institucional, es muy relevante para la adopción de decisiones que afectan después a todas ellas. Pensemos, por ejemplo, en el gasto público. Esta coordinación no solo se realiza entre los distintos registros de personal de las Administraciones andaluzas y de las entidades que componen su sector público, sino también con el Registro General de Personal de la Administración General de la Junta de Andalucía

[23] *Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, de 25 de abril de 2005, p. 75.

[24] SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, (2020:117).

y con el Registro Central de Personal de la Administración del Estado. Asimismo, es preciso tener en cuenta que la nueva ley obliga también a cada Administración pública incluida en su ámbito de la aplicación a crear un registro de órganos de representación del personal en el que deben inscribirse o anotarse todos los actos que afecten a la creación, modificación o supresión de secciones sindicales y órganos de representación del personal funcionario, estatutario o laboral, los miembros de dichos órganos, sus créditos horarios, sus liberaciones sindicales, etc.

Respecto de los registros de las entidades locales de Andalucía, el legislador establece un principio general de cooperación con ellas cuando estas no tengan la suficiente capacidad financiera o técnica para la constitución, desarrollo y mantenimiento de sus Registros (art. 97), respetando, en todo caso, las competencias atribuidas a las diputaciones provinciales.

D. Régimen de las inscripciones y anotaciones registrales. Su naturaleza jurídica

Además de una mayor concreción por parte del legislador en cuanto a las finalidades que persigue el registro, se echa en falta una mayor clarificación de la naturaleza jurídica de sus inscripciones, de los efectos condicionantes de los actos administrativos y, sobre todo, de la posibilidad de denegar la inscripción, dados los efectos que ello puede tener para el empleado público.

La inscripción en el registro general de la Junta, no solo tiene efectos declarativos, sino también constitutivos, toda vez que la inscripción se convierte en un requisito para la eficacia del acto. Así lo señala el art. 91.2 de la Ley con rotundidad al establecer que la inscripción en el Registro General de Personal será requisito de eficacia para los actos de reconocimiento de derechos en materia de personal que legalmente correspondan a la Administración de la Junta de Andalucía, pudiendo ser denegada la inscripción en los supuestos y en los términos reglamentariamente establecidos. El legislador reenvía al gobierno regional para la elaboración de la correspondiente norma reglamentaria y se limita a aclarar que la inscripción no convalida los vicios de que pudieran adolecer los actos. El valor de las inscripciones registrales contrasta, en este sentido, con la regulación más detallada prevista en el ámbito estatal para el Registro Central de Personal en el art. 10 del *Real Decreto 2073/1999, de 30 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento del Registro Central de Personal y las normas de coordinación con los de las restantes Administraciones públicas*. En dicho precepto se concreta el valor jurídico de las sus inscripciones o anotaciones, que no presuponen ni condicionan su eficacia constitutiva, ni podrán convalidar sus posibles contenidos ilícitos o irregulares, de modo tal que solo exige la justificación de la previa comunicación al Registro Central de Personal de los actos o resoluciones que comporten efectos económicos en nómina del empleado.

A pesar de su importancia, el legislador no precisa los supuestos de denegación, sino que remite directamente a la norma reglamentaria. Hasta que se actualice dicha norma, es el *Decreto 9/1986, de 5 de febrero, por el que se aprueba el reglamento regulador del Registro General de Personal*, el que prevé directamente la denegación de la inscripción, entre otros supuestos, cuando el acto que se pretende registrar o anotar proviene de un órgano incompetente, adolece de vicios o irregularidades no convalidables o cuando el acto se ha constituido, declarado o formalizado con violación de los requisitos o formalidades exigidos por la legislación vigente (art. 18.3 del Decreto).

Dado el carácter constitutivo que acaba teniendo la inscripción y sus efectos sobre la eficacia del acto administrativo, a mi juicio, debería haber sido el propio legislador, y no la norma reglamentaria, la que aclarara todos estos extremos y, en su caso, regulara expresamente, al menos, los supuestos de denegación de la inscripción por razones de seguridad jurídica. En este sentido, por ejemplo, parece más acertada la regulación que se está realizando de esta materia en otras comunidades autónomas. Así, por ejemplo, podemos traer a colación la reciente aprobación de la *Orden de 17 de mayo de 2023, por la que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Registro de Personal de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias* (BOC de 26 de mayo de 2023). La reforma se hace precisamente para modificar el régimen jurídico de las inscripciones y anotaciones y clarificar que son "actos debidos", meros actos adjetivos de constancia, de forma que no cabe denegar su práctica con fundamento en un análisis previo de legalidad del acto a anotar o inscribir, sin perjuicio de comunicar los posibles vicios detectados en el mismo al órgano que lo ha dictado, a efectos del inicio, si procediera, del correspondiente procedimiento de revisión de oficio. Clarifica que su registro de personal tiene como finalidad principal la publicidad, si bien interna, por lo que la naturaleza de los actos de inscripción y anotación es meramente declarativa.

El nuevo reglamento que deberá elaborarse para el desarrollo del nuevo régimen de los registros que deriva de esta ley debería clarificar todos estos aspectos. Mientras tanto, para la regulación concreta de esta materia es preciso remitirnos directamente al Decreto andaluz 9/1986**,** que establece un régimen jurídico diferente según estemos ante una inscripción o una anotación. Como expresa su propia exposición de motivos, ni siquiera está clara la diferente naturaleza jurídica entre las inscripciones y las anotaciones registrales. Los actos relativos al personal comprendido en el ámbito de aplicación del reglamento pueden dar lugar a dos tipos distintos de asientos registrales, a las inscripciones y a las anotaciones. Aunque la nueva ley, en su art. 93.2 solo condiciona la eficacia del acto cuando se trata de inscripciones, al igual que la ley de 1985, en el reglamento se atribuyen los mismos efectos condicionantes de la eficacia del acto a las inscripciones y a las anotaciones. El desarrollo reglamentario que debe hacerse de los registros será una buena oportunidad para

reflexionar sobre esta materia, actualizarla y modificar el régimen jurídico de las inscripciones y anotaciones.

Siguiendo la nomenclatura tradicional de la técnica registral, y tal como se recoge explícitamente en su exposición de motivos, el reglamento establece la distinción entre actos y anotaciones registrales, que, aunque tienen idénticos efectos jurídicos, viene determinada esencialmente por razones funcionales de organización del Registro, y también por razones de sistemática en torno a los actos inscribirles. Desde esta visión, la normativa agrupa bajo el género común de inscripciones a todos aquellos actos administrativos que, por afectar más genéricamente a la vida administrativa del personal, deban incorporarse y permanecer en su hoja de servicios. La inscripción de los contratos laborales de carácter indefinido en el Registro General de Personal es el momento en el que la Junta de Andalucía manifiesta su voluntad de contratar. Esta previsión tan importante que antes estaba prevista solo en el reglamento, ahora, con mejor criterio jurídico, se ha incorporado expresamente al texto de la ley (art. 122.1.b).

En el ámbito estatal, por ejemplo, es mucho más clarificadora la distinción entre ambos tipos de asientos. Las inscripciones se refieren a aquellos asientos en los que se registra el establecimiento de cualquier relación de servicios de las personas empleadas públicas con la Administración. A ellas exclusivamente se referiría el art. 93.2 de la nueva ley al señala que "la inscripción en el Registro General de Personal será requisito de eficacia para los actos de reconocimiento de derechos en materia de personal". Mientras que las anotaciones se reservan para aquellos asientos por los que se registran los actos administrativos, resoluciones y otros datos relevantes para las personas inscritas y pueden ser ordinarias, provisionales y marginales (art.10 del RD 2073/1999). Por el contrario, bajo la denominación de anotaciones registrales en la normativa autonómica andaluza se reúnen otra serie de actos de la vida profesional del empleado heterogéneos y que por ello precisamente no responden a un único denominador común. A pesar de que el nuevo legislador solo da cobertura a los efectos condicionantes de la eficacia del acto a las inscripciones, el reglamento extiende estos efectos también a las anotaciones.

Efectivamente, según dispone el art. 4 de este reglamento, los actos que con arreglo o este reglamento deban ser objeto de inscripción o anotación no serán efectivos sin la previa inscripción o anotación en el Registro General de Personal. De hecho, no podrán incluirse en las nóminas altas, bajas o cualquier otro dato que conlleve efectos económicos si previamente no se adjunta el acta correspondiente del registro, pudiendo ser fiscalizados dichos actos por el interventor mediante la oportuna nota de reparos. Tampoco podrán ser tenidos en cuenta en las convocatorias públicas para la promoción interna o para la provisión de puestos de trabajo, los

méritos que no se encuentren oportunamente inscritos o anotados en el registro (art. 6 del Decreto 9/1986). En estos casos, tal como aclara la exposición de motivos del reglamento, las inscripciones o anotaciones registrales vienen a configurarse como requisitos de eficacia y con naturaleza constitutiva, que pueden ser objeto de reparos por parte de la Intervención General.

El legislador podría haber aprovechado esta oportunidad para clarificar más nítidamente los efectos de las inscripciones y anotaciones, además del carácter suspensivo de la eficacia del acto. Así lo hace, por ejemplo, cuando se trata de reservar a los funcionarios el ejercicio de determinadas funciones administrativas. En concreto, su art. 15.2.c. atribuye exclusivamente al personal funcionarial las funciones de inscripción, anotación, cancelación y demás actos de administración de registros administrativos, que tengan efecto constitutivo. En este caso, sin embargo, no remata la faena y ello puede ser poco garantista para el empleado público, dadas las importantes consecuencias que puede tener para él la inscripción de un determinado asiento. Las pautas para el gobierno de la Junta en el ejercicio de su potestad reglamentaria deberían ser más claras, a mi juicio.

Por lo que respecta a los datos contenidos en el registro, como no podría ser de otra manera, gozan de la protección prevista en la normativa vigente en materia de protección de datos personales, y su tratamiento debe estar sometido a las limitaciones previstas en dicha normativa. Aunque expresamente el legislador solo se refiera al Registro General, es obvio que esta misma regla vale para cualquier otro registro de personal. Lo que sí se prevé es la posibilidad de que estos datos puedan ser utilizados y aprovechados para mejorar la gestión, en beneficio de las personas y de la organización, aunque en este caso deben ser previamente anonimizados. El proceso de anonimización debe garantizar su no reversibilidad y que el tratamiento que se realice no permita la identificación de las personas interesadas como consecuencia de operaciones o agrupaciones con datos no sujetos a anonimización.

El art. 94 hace una traslación al ámbito funcionarial de los derechos previstos en la *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.* Ello supone que las personas interesadas podrán ejercitar los derechos de acceso, rectificación, supresión, limitación del tratamiento, portabilidad y oposición (arts. 12 a 18 de la ley orgánica), aunque remite a una norma reglamentaria para determinar la forma en la que podrán ejercitarse tales derechos[25]. Dado que el reglamento actual que rige esta materia es del año 1986 y nada dice al respecto, es

[25] Según su Disposición adicional duodécima, los tratamientos de los registros de personal del sector público se entenderán realizados en el ejercicio de poderes públicos conferidos a sus responsables, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6.1.e) del Reglamento (UE) 2016/679. Los registros de personal del sector público podrán tratar datos personales relativos a infracciones y condenas penales e infracciones y sanciones administrativas, limitándose a los datos estrictamente necesarios para el cumplimiento de sus fines.

previsible que la nueva regulación reglamentaria que se realice de los registros se adapte también al nuevo marco legal de protección de datos personales y recoja todas las garantías de los derechos digitales reconocidas en la normativa vigente. Aunque por ley orgánica tienen reconocidos todos estos derechos, el legislador solo se refiere de modo explícito al derecho de los empleados a acceder al registro para conocer los asientos registrales practicados que se refieran a su vida administrativa y a su derecho a obtener las certificaciones de dichos asientos[26].

III. LA ESTRUCTURA DEL EMPLEO PÚBLICO

La estructura del empleo público hace referencia al modo de organizar la relación entre las personas y las tareas en una organización, así como a la ordenación y jerarquización de los diferentes tipos de tareas del modo que resulte más adecuado en cada caso para garantizar el buen funcionamiento del sistema en su conjunto[27]. Toda organización, sea pública o privada, necesita ordenar y estructurar sus funciones, sus puestos de trabajo y a sus empleados. Esta ordenación de funciones y personas se realiza básicamente a través de dos instrumentos organizativos básicos, los puestos de trabajo y los cuerpos de funcionarios.

El elemento objetivo de la estructura funcionarial es el puesto de trabajo, que se refiere a la forma de organizar las funciones y responsabilidades que tiene atribuida una Administración. Los puestos surgen de los distintos acotamientos horizontales y verticales de funciones asumidas por una organización. El elemento subjetivo de la estructura es el cuerpo de funcionarios[28]. El cuerpo hace referencia a las personas, a la agrupación de funcionarios que se caracterizan por poseer conocimientos, capacidades y competencias comunes que les permiten cumplir las tareas encomendadas a los puestos de trabajo. De ahí que se hable de la naturaleza dual que en la actualidad tiene la estructura de la función pública[29].

---

[26] Conviene recordar que todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar. Art. 22 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE).

[27] *Informe comisión de expertos sobre el Estatuto Básico del Empleado Público,* INAP, Madrid, 2005, p. 78.

[28] GORRITI BONTIGUI, Mikel, "Un sistema de reforma del empleo público alternativo a los recortes de personal", en la Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas, nº 4, 2013;

[29] CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, Claves para la modernización de la estructura funcionarial: la coexistencia ordenada de cuerpos y puestos de trabajo, Aranzadi, Cizur Menor, 2016 y "Propuestas para la reforma de una estructura funcionarial ya obsoleta. Los retos de una Administración más moderna, automatizada y que actúa por proyectos", en *Continuidad versus transformación: ¿Qué función pública necesita España?,* INAP, Madrid, 2021.

La estructura se aborda en el capítulo II del título VIII, donde se realiza la distinción básica entre la organización de las personas y la organización de los puestos de trabajo, esto es, del elemento subjetivo y del elemento objetivo de la estructura. Dedica su sección primera a la regulación del elemento subjetivo de la estructura y la sección segunda al elemento objetivo. Supone una lectura muy diferente de la prevista en los artículos 10 a 15 de la Ley de función pública de 1985, en los que se pueden apreciar importantes errores conceptuales sobre esta institución. Así, basa la estructura en las plantillas y las relaciones de puestos de trabajo y sitúa dentro de los preceptos dedicados a la estructura la regulación de los registros, de las plantillas de personal y de las retribuciones complementarias (dotaciones). Asimismo, la regulación del elemento subjetivo de la estructura, de los cuerpos de funcionarios, se abordaba en el capítulo dedicado, no a la estructura, sino a las clases de personal de la Junta, en los artículos 17 y siguientes de la ley. Era en ese capítulo donde encontrábamos la regulación más avanzada sobre los cuerpos como agrupaciones de funcionarios.

Se aprecian cambios importantes en cuanto a la estructura de la función pública. En el diseño de 1985, aunque todavía no había avanzado mucho la teoría organizativa y ni las nuevas técnicas de diseño organizativo, supongo que por intuición, la estructura se quería apoyar fundamentalmente en los puestos de trabajo y en su instrumento de ordenación, en las relaciones de puestos de trabajo (RPTs). Así se deducía de su exposición de motivos, al clarificar la finalidad de la ley en esta materia, que no era otra que la de precisar el papel de los cuerpos en la función pública andaluza "*para reducirlos estrictamente a un mejor servicio de los intereses generales, sin dar margen a la influencia de intereses corporativos inadmisibles y de tal forma que complementen, y no sustituyan, a lo que constituye la médula del sistema, es decir, la relación de puestos de trabajo*". En relación con ello, su art. 19 definía con exactitud la función de los cuerpos: complementar los objetivos ordenadores de la relación de puestos de trabajo a efectos de la racionalización de las pruebas de acceso, de la determinación de la carrera administrativa y de la promoción interna.

El legislador había mezclado determinadas instituciones que poco o nada tienen que ver con la estructura y ahora corrige estos defectos conceptuales. La nueva ley da un paso muy importante para clarificar la naturaleza jurídica de las cosas y ordenar cada institución donde debe estar. Al mismo tiempo, da un vuelco importante en la estructura al recuperar el papel protagonista del cuerpo que, en el modelo previgente, desarrollaba un papel secundario y complementario del puesto y de su instrumento de ordenación, esto es, de la RPT (art. 19 de la Ley 6/1985). En la nueva ley se regula en este apartado, por una parte, el cuerpo de funcionarios como elemento esencial de la estructura y todo lo que tiene que ver con sus agrupaciones y funciones y, por otra, el puesto de trabajo y las relaciones de puestos, que conforman

el elemento objetivo de la estructura del empleo público andaluz. A mi juicio, el régimen de los cuerpos que acaba introduciéndose aboca a un modelo poco flexible y demasiado compartimentado.

1. La ordenación de las personas en cuerpos funcionariales

El legislador denomina impropiamente el elemento subjetivo de la estructura, esto es, el que hace referencia a las personas, al personal funcionarial y al personal laboral de la Administración, refiriéndose genéricamente a la "ordenación del empleo público". Hubiera sido más oportuno -y más correcto desde un punto de vista técnico y conceptual- referirse directamente a la "ordenación de los empleados públicos" para recalcar este elemento personal. Si comparamos ambas normas se puede apreciar una importante transformación en esta materia.

Efectivamente, en la ley 6/1985, el cuerpo había sido configurado por el legislador con un papel secundario. El elemento fundamental de la estructura era el puesto de trabajo. Así lo decía claramente el legislador en su exposición de motivos y ello se veía corroborado después por la regulación específica que se hacía de estas instituciones en el articulado de la ley. Así, en su art. 19 se definía el papel de los cuerpos. Los cuerpos, señalaba el precepto, complementan los objetivos ordenadores de la relación de puestos de trabajo a efectos de la racionalización de las pruebas de acceso, de la determinación de la carrera administrativa y de la promoción interna. En el art. 20 sometía a reserva de ley solo la creación de cuerpos y escalas, pues es una exigencia constitucional que deriva del art. 103.3 de la Constitución y que forma parte del régimen estatutario, como tempranamente dijera la STC 99/1987, de 11 de junio. Asimismo, en su apartado segundo se establecía algo muy importante, una idea avanzada desde la teoría del diseño organizativo: "*la creación y mantenimiento de un Cuerpo o Especialidad se justifica por la existencia, apreciada por el Consejo de Gobierno, de una serie de puestos de trabajo que en la relación aparezcan con características homogéneas y que, en general, faciliten la consecución de los objetivos señalados a los Cuerpos por esta Ley*". Estos importantes preceptos que determinaban el valor preminente del puesto de trabajo sobre el cuerpo han desaparecido de la redacción de la ley. Si a ello sumamos el componente de rigidez que introducen las opciones y especialidades, sometidas a reserva de ley, sorprende esta apuesta del legislador, máxime si tenemos en cuenta que muchos autores consideran que los cuerpos se han convertido en "herramientas claramente inflexibles y obsoletas", cuya operatividad es prácticamente nula y que constituyen una auténtica rémora para una Administración compleja, moderna y flexible[30].

[30] Entre otros muchos, JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, "La estructura del empleo público en el Estatuto Básico del Empleado Público", *Estatuto Básico del Empleado Público*, obra colectiva dirigida por Luis Ortega Álvarez, La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2007. -Jiménez Asensio, R. (2020), "El (inaplazable) relevo generacional en las Administraciones públicas: desafíos en un entorno de revolución

Además de desaparecer esta concepción avanzada del puesto de trabajo del articulado de la ley y, en la línea contraria, parece resaltarse el protagonismo del cuerpo o, al menos, se hace una regulación muy detallada de ellos y poco flexible. Su art. 100 se refiere a la estructura de los funcionarios públicos de la Administración de la Junta de Andalucía en cuerpos, escalas y especialidades y, en su caso, opciones. Permite expresamente que puedan crearse dentro de los cuerpos especialidades y opciones, dentro de las especialidades, en virtud de la especialización de sus funciones o por la titulación o titulaciones específicas exigidas para su ingreso. Sin embargo, y a pesar de la opción del legislador de reproducir el contenido del TREBEP para hacerlo propio, no hace referencia a la finalidad de estas agrupaciones de funcionarios ni reproduce, al menos, la definición del cuerpo que realiza el art. 75 del TREBEP, que los define como una agrupación de funcionarios en virtud de las competencias, capacidades y conocimientos comunes acreditados a través de un proceso selectivo. Me parece importante haber mantenido esta definición en el texto de la ley porque, además de ser definidora de los cuerpos, es indicativa de las funciones que, a día de hoy, tienen los cuerpos en la función pública para el acceso, fundamentalmente, y para la promoción interna. Y ello a pesar de que la voluntad del legislador ha sido la de aglutinar en un texto único la fragmentada regulación existente en distintas leyes, recogiendo también la legislación básica estatal.

A. Las opciones y especialidades: ¿Un encorsetamiento de la estructura?

El legislador autonómico establece una regulación bastante arcaica y poco flexible de la estructura funcionarial que no se corresponde con el aire de modernidad e innovación que la ley contiene en otras partes, especialmente en lo que se refiere a la creación de estas agrupaciones de funcionarios. Dentro de los cuerpos introduce la institución de las especialidades y opciones, para cuya creación, modificación y extinción, se requiere también una ley.

En el empleo público vasco también existen elementos similares, pero el legislador los define y regula con más precisión y permite un régimen más flexible en cuanto a su creación, lo que posibilita una aplicación variable de las subescalas, opciones y especialidades por las distintas administraciones públicas[31]. Así, el concepto de "escala" se usa dentro de los cuerpos especiales, cuando existe un ámbito profesional que no requiere para su desempeño una titulación concreta y determinada, sino que agrupa contenidos susceptibles de ser desempeñados por una agrupación de profesionales de diferentes áreas. El concepto de "especialidad" señala los puestos de trabajo cuyo contenido técnico y particularizado exige una especialización adicional a la

tecnológica y de crisis fiscal como consecuencia de la pandemia de 2020", en *Anuario de Derecho Municipal 2019*, Madrid: Universidad Autónoma, Instituto de Derecho Local, 2021.

[31] *Ley 7/2021, de 11 de noviembre, de los cuerpos y de las escalas de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi* y *Ley 11/2022, de 1 de diciembre, de Empleo Público Vasco.*

exigida para desempeñar las funciones del cuerpo, de la opción o de la escala en la que se enmarca. Asimismo, la "opción" se corresponde con las titulaciones oficiales de grado universitario, técnico superior o técnico exigidas en la correspondiente convocatoria de acceso al empleo público. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con la legislación andaluza, la creación, modificación, unificación o supresión de especialidades se realiza mediante un decreto del Consejo de Gobierno, que establece su denominación, funciones, así como los conocimientos exigidos y los procedimientos para su acreditación y pérdida.

Pues bien, aunque, en rigor, el art. 75 del TREBEP solo establece la reserva legal para la creación de cuerpos y escalas de funcionarios, el legislador andaluz somete la creación de estas figuras a una reserva de ley, lo que contribuye a la configuración de un sistema muy rígido, que puede dificultar la gestión del personal al tener que intervenir él directamente para crear, modificar o extinguir opciones y especialidades dentro de los cuerpos[32].

A su vez, crea una estructura excesivamente compartimentada. En este sentido puede traerse a colación la experiencia valenciana. El modelo corporativo establecido en la Ley 10/2010, de 9 de julio, de ordenación y gestión de la Función Pública Valenciana se tuvo que modificar en la Ley 4/2021, de 16 de abril, de la Función Pública Valenciana para soslayar las enormes disfunciones que creó el sistema por el excesivo número de cuerpos funcionariales existentes y por la rigidez que esta estructura introducía en la gestión del personal. El legislador optó inicialmente por el sistema corporativo clásico como alternativa al modelo de puestos de trabajo, como si de dos realidades distintas y antagónicas se tratara, cuando ambas son imprescindibles y complementarias, como después veremos, aunque precisan de ser refinadas. Resultado de ello fue la aparición de una estructura hipercorporativa compuesta por más de 350 cuerpos funcionariales.

A pesar de esta proliferación de cuerpos, los datos demuestran que más del 83 por 100 de los efectivos de la Administración General de la Generalitat se integran en tan solo 13 cuerpos y escalas y que, asimismo, existen algunos cuerpos formados por un solo funcionario y otros conformados por tan solo algún funcionario más. Ello generó una enorme rigidez en la provisión de los puestos de trabajo, dificultaba de

[32] Después, no obstante, introduce una peculiar técnica jurídica de deslegalización al permitir en su Disposición adicional quinta que la Administración General de la Junta de Andalucía pueda agrupar al funcionario en determinados cuerpos y especialidades, dentro de cada Grupo y Subgrupo de titulación. Así, por ejemplo, dentro del Grupo A y del Subgrupo A1, en el Cuerpo Superior de Administración, se crean las especialidades de Administración General, Administración de Gestión Financiera y de Régimen Jurídico, exigiendo para esta última especialidad el requisito de títulos universitarios oficiales de Grado en el ámbito del conocimiento en Derecho y especialidades jurídicas, de acuerdo con la normativa vigente, o Licenciatura en Derecho.

manera radical la movilidad interna y la carrera vertical de los funcionarios, creando una compartimentalización de la función pública hasta crear auténticos "nichos funcionariales" que dificultaban notablemente la gestión del personal y el traslado de los efectivos donde eran necesarios. El modelo permitía dejar ociosos indefinidamente a los integrantes de cuerpos y escalas con funciones que dejan de ser necesarias o relevantes para la Administración. Ello por no hablar de la enorme diversificación de procedimientos de acceso que conlleva, en detrimento de la eficacia y la agilidad que debe reunir el proceso de selección en su conjunto[33].

En fin, también se aprecia esta rigidez del modelo corporativo a la hora de determinar los contenidos mínimos de la ley que los cree, que tendrá que hacer referencia incluso a la titulación concreta que se exija para la pertenencia al cuerpo, aunque, siendo consciente de la poca ductilidad que ello implica, se introduce una técnica de deslegalización como válvula de escape y para no encorsetar demasiado el modelo. La ley de creación deberá contener la denominación del cuerpo, escala, especialidad y, en su caso, opciones; el Grupo o Subgrupo o de titulación, las funciones básicas que deba desempeñar el personal que lo integra, que no podrán corresponderse con las atribuidas a los órganos de la Administración y el nivel académico o la titulación o titulaciones concretas exigidas para el ingreso. No obstante, cuando se aprueben nuevas titulaciones oficiales o se produzcan modificaciones en la estructura o nivel de las enseñanzas, el Consejo de Gobierno queda habilitado para establecer los efectos que para el ingreso tendrán las titulaciones o niveles académicos de nueva creación (art. 103 de la Ley 5/2023).

B. La titulación como criterio taxonómico para la agrupación de los cuerpos

Como no podría ser de otra manera, siguiendo el esquema establecido en el art. 76 del TREBEP, el legislador andaluz utiliza el criterio taxonómico de la titulación requerida para el ingreso para clasificar y agrupar los cuerpos, escalas y especialidades de la Junta de Andalucía, aunque establece algunas novedades dignas de mención en lo que se refiere al Grupo A de titulación[34]. En virtud de dicha titulación, el Grupo A se subdivide en dos Subgrupos de titulación, el A1 y A2. La clasificación de los cuerpos, escalas o especialidades en cada uno de los Subgrupos A1 y A2 debe realizarse en función del nivel de responsabilidad de las funciones a des-

[33] *Informe para la modificación de la Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana*, 2016.

[34] Como declaró tempranamente -y entre otras muchas- la STC 388/1993 de 23 diciembre, corresponde al Estado, dentro de sus competencias exclusivas, establecer las bases de la Función Pública para todas las Administraciones de tal naturaleza (art. 149.1 18.ª CE). Un corolario de este principio no puede ser otro sino aquel que mantenga la exigencia de que las Leyes autonómicas sobre la materia respeten esas normas básicas estatales, que en tal extremo garantizan además a todos los ciudadanos en cualquier lugar de España la vigencia del mérito y la capacidad como criterios en los cuales se concreta la igualdad para el acceso a la función pública, en la configuración que de este derecho fundamental ofrece la Constitución (art. 23).

empeñar en cada uno de ellos y de las características de las pruebas de acceso. Pues bien, el legislador andaluz ha desarrollado con detalle una regulación que pertenece al ámbito competencial reservado al Estado por el art. 149.1.18 de la Constitución (STC 200/2015, de 24 de septiembre).

Ha previsto que para el Subgrupo A2 se requiere estar en posesión de la titulación universitaria de Grado, Diplomatura Universitaria, Ingeniería Técnica, Arquitectura Técnica u otro título equivalente. Además de especificar las titulaciones de la anterior regulación universitaria, tal vez buscando una mayor seguridad jurídica, se aparta de las bases para ampliarlas cuando se trata del acceso al Subgrupo A1 de titulación. Además de estar en posesión del título de Grado, Licenciatura, Arquitectura, Ingeniería u otro título equivalente, se incluye también la posesión del título de Doctor o Doctora y de Máster universitario, "*sin perjuicio de que la pueda exigir otro título universitario, en cuyo caso será este el que se tenga en cuenta*".

A mi juicio, la técnica jurídica utilizada en el art. 101 de la Ley 5/2023 puede ser problemática y contener un posible exceso competencial de la comunidad autónoma al querer clarificar en exceso y de forma extensiva la cuestión relativa a los títulos universitarios que habilitan para el acceso a los cuerpos del Subgrupo A1 y A2 de titulación. El legislador básico estatal ha previsto solo el grado universitario para dicho acceso. Sin embargo, el legislador autonómico, seguramente por un afán clarificador de esta materia, ha especificado todas las titulaciones anteriores. Utiliza las mismas categorías de titulación que existían antes del TREBEP, esto es, la licenciatura, la diplomatura universitaria y las ingenierías y arquitecturas técnicas. Si el legislador hubiera querido utilizar esta técnica la hubiera recogido expresamente al redactar el art. 76 del TREBEP. Además, ello no es necesario porque la disposición adicional primera del *Real Decreto 822/2021, de 28 de septiembre, por el que se establece la organización de las enseñanzas universitarias y del procedimiento de aseguramiento de su calidad*, ya dispone directamente que los títulos universitarios oficiales obtenidos conforme a planes de estudios anteriores a la actual ordenación de las enseñanzas universitarias implementadas bajo los principios del Espacio Europeo de Educación Superior mantienen todos sus efectos académicos y, en su caso, profesionales.

Tal vez hubiera sido técnicamente más adecuado establecer alguna cláusula más general, como la valenciana estableciendo que en el acceso a los cuerpos o escalas cuyas funciones requieran el desempeño de profesiones reguladas[35], se exigirá estar en

[35] La titulación en el caso de las profesiones reguladas ha planteado diversos problemas que han sido solucionados de forma particularizada por la jurisprudencia. Así, por ejemplo, la STS de 17 de mayo de 2023, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, ha fijado como doctrina casacional que el título de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos pre-Bolonia habilita para el acceso al empleo público en plazas de Ingeniero Técnico de Obras Públicas en cuyos procesos selectivos se exija el título de Grado en Ingeniería Técnica de Obras Públicas o bien título universitario oficial de grado que, de acuerdo con los

posesión de la correspondiente titulación que habilite para el ejercicio de la profesión (art. 31.1 de la Ley 4/2021, de 16 de abril, de la Función Pública Valenciana).

Asimismo, el legislador autonómico parece haberse extralimitado también en esta materia al introducir otras titulaciones universitarias para el Grupo A que no están contempladas en la legislación básica estatal. Generaliza, además del título de grado, el título de doctor y el de máster universitario como titulaciones habilitantes para pertenecer al subgrupo A1 de titulación. Ello podría plantear dudas acerca de la constitucionalidad de este precepto por excederse de la legislación básica en esta materia. Como explícitamente declaró la STC 113/2010, de 24 noviembre, el art. 76 del TREBEP ha de considerarse básico, no solamente al haber sido formalmente declarado así, sino porque se trata de una cuestión que conecta con el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas y con los principios constitucionales que deben integrarlo[36]. Las bases en materia de función pública, que establecen un marco común de regulación aplicable a todos los funcionarios públicos del Estado, pueden ser desarrolladas, pero no desconocidas por las comunidades autónomas, pues actúan como parámetro de contraste y con mandato taxativo (STC 17/2022, de 8 de febrero).

Es doctrina constitucional que la titulación forma parte de la legislación básica establecida en relación con lo dispuesto en el art. 149.1.18 CE, tal como han señalado, entre otras, las SSTC 171/2020, de 16 de noviembre, 17/2022, de 8 de febrero o en la STC 114/2022 de 26 septiembre. Esta última sentencia, por ejemplo, ha declarado la inconstitucionalidad de la ley de coordinación de policías locales de Asturias porque se excedía de la norma básica y contenía una dispensa de titulación para la integración de policías locales en el subgrupo A1, extendiendo el modelo excepcional

planes de estudio vigentes, habilite para ejercer las actividades de carácter profesional relacionadas con las funciones asignadas a la escala del cuerpo. La STS de 8 de marzo de 2021, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, se ha pronunciado sobre los títulos universitarios de Grado en Ingeniería Agrónoma, declarando que no constituyen título habilitante para el acceso al cuerpo especial por tener atribuidas éste funciones relacionadas con las propias de una determinada profesión o actividad profesional, como es el caso de las relacionadas con el ejercicio de la profesión regulada de Ingeniero/a Agrónomo cuyo ejercicio requiere titulación de Master o equivalente.

[36] Dirá esta sentencia que, "en materia de función pública al Estado le corresponde, en virtud del artículo 149.1.18 CE, establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, expresión que, empleada por los artículos 103.3 y 149.1.18 CE, ha de entenderse referida a los funcionarios de todas las Administraciones públicas, incluyendo materialmente en su ámbito, "en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción de la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de cuerpos y escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones públicas".

y particularizado que permitía la promoción interna de los antiguos grupos D al C de clasificación[37].

El art. 76 del TREBEP, efectivamente, establece como criterio para ambos subgrupos de titulación el título universitario de Grado. Si bien permite que "en aquellos supuestos en los que la ley exija otro título universitario será éste el que se tenga en cuenta[38]". Es decir, el legislador autonómico tiene la posibilidad de exigir otro título universitario, pero la dicción literal del precepto, a mi juicio, no parece amparar la generalización de esta posibilidad porque desvirtúa la esencia de la regulación básica que debe ser uniforme en todo el territorio nacional. La exigencia de otro título universitario diferente del grado debería hacerse en la propia ley de creación del cuerpo, escala o especialidad, limitada a supuestos concretos y, a mayor abundamiento y en coherencia con nuestro sistema universitario, habría de tratarse de cuerpos o escalas relacionadas con funciones que tengan que ver con el grado de doctor, esto es, con la investigación básicamente, o con funciones hiperespecializadas si se exigiera el título de máster. No creo que sea acorde con este espíritu la utilización como criterio taxonómico del título universitario de máster o de doctor y esta materia es especialmente delicada porque está relacionada con el derecho fundamental de acceso a la función pública del art. 23.2 de la Constitución.

El legislador básico ha querido que para el acceso a los cuerpos o escalas de este Grupo A de titulación se exija solo estar en posesión del título universitario de Grado. Después, la clasificación de los cuerpos y escalas en cada Subgrupo estará en función del nivel de responsabilidad de las funciones a desempeñar y de las características de las pruebas de acceso. No hacerlo así nos puede abocar a un escenario de inseguridad jurídica, cuando la precisión del legislador es esencial en esta materia. Además, puede crear disfunciones en el sistema. Pensemos, por ejemplo, en el régi-

[37] La DA vigésimasegunda de la ley 30/84 preveía como excepción el acceso a cuerpos y escalas del grupo C desde el grupo D, pudiendo excepcionar el requisito de titulación por una antigüedad de diez años en un cuerpo o escala del grupo D, o de cinco años y la superación de un curso específico de formación al que se accederá por criterios objetivos. La presente disposición tiene el carácter de base del régimen estatutario de los funcionarios públicos, dictada al amparo del artículo 149.1.18ª de la Constitución. En este caso, la norma asturiana permitía sustituir la titulación por un curso para acceder a cualquier categoría de funcionario, lo que no admite una interpretación de conformidad con la norma básica que, excepcionalmente, solo lo admite en un caso.

[38] Es preciso tener en cuenta el Real Decreto 1027/2011, de 15 de julio, por el que se establece el Marco Español de Cualificaciones para la Educación Superior. Entre otras, la STS de 13 de octubre de 2022, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, permite que se exija el título de Máster para el acceso a determinados cuerpos funcionariales como el de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos o de Ingeniero Superior o equivalentes o el de ingenieros industriales, pero pone el Tribunal de manifiesto la necesidad de que una norma legal específica prevea una titulación también específica en excepción a la regla general sentada por el artículo 76 del Estatuto Básico del Empleado Público . Se trata de titulaciones que exigen 300 créditos y un máster como requisito habilitante para el ejercicio de la profesión.

men de los directivos previsto en el art. 19.4 de la ley, que regula al personal directivo público profesional funcionario de carrera o laboral fijo. A estos puestos pueden acceder quienes, teniendo la condición de personal funcionario de carrera o laboral fijo, tengan la titulación universitaria requerida para el acceso a cuerpos de personal funcionario del Grupo A, y cuyas competencias profesionales sean acreditadas de acuerdo con las previsiones de esta ley y de las disposiciones reglamentarias que la desarrollen. ¿A qué título se refiere, al de Grado, al de máster o al de doctor? No son titulaciones equiparables[39].

Aprecio, asimismo, un defecto de técnica jurídica al reproducir el párrafo final que, "*en aquellos supuestos en los que la ley exija otro título universitario será éste el que se tenga en cuenta".* No hay más títulos universitarios además del de Grado o del título de doctor. Esta coletilla solo tiene sentido si previamente no se generaliza el título de "doctor" como posible título de acceso a los cuerpos funcionariales del subgrupo A1 de titulación.

Por lo demás, la ley crea el grupo B para el que se exige estar en posesión del título de Técnico Superior y crea y define con gran profusión en su art. 102 los cuerpos generales y los cuerpos especiales de la Junta de Andalucía. Los cuerpos generales son los que tienen atribuido el desempeño de las funciones comunes al ejercicio de la actividad administrativa, mientras que los cuerpos especiales son los que ejercen actividades que constituyen el objeto de una peculiar carrera o especialidad. Toda esta regulación tan detallada se completa a su vez con más de trece páginas del Boletín Oficial del Estado, con múltiples disposiciones adicionales, desde la quinta a la vigésima, en las que procede a ordenar los cuerpos y especialidades de funcionarios de la Junta de Andalucía, cambia la denominación de muchos de los cuerpos existentes, crea nuevos cuerpos y especialidades, procede a la integración de sus cuerpos, especialidades y opciones en los cuerpos y especialidades configurados en su disposición adicional quinta, declara a extinguir determinados cuerpos y establece la normativa aplicable a determinados cuerpos de personal funcionario existentes a la entrada en vigor de la nueva ley. Todo ello es necesario debido a la existencia de una reserva de ley en esta materia que no deja ningún tipo de margen para decisiones de los Gobiernos autonómicos (STC 87/2018 de 19 de julio), toda vez que, como señaló tem-

[39] Las enseñanzas oficiales de Grado, como ciclo inicial de las enseñanzas universitarias, tienen como objetivo fundamental la formación básica y generalista del y la estudiante en las diversas disciplinas del saber, preparándolos para el desarrollo de actividades de carácter profesional. Las enseñanzas oficiales de Máster Universitario tienen como objetivo la formación avanzada, de carácter especializado temáticamente o multidisciplinar en los saberes científico, tecnológico, humanístico y artístico, dirigida a la especialización académica y a la profesional, o en su caso, encaminada al aprendizaje en las actividades investigadoras. Las enseñanzas de Doctorado conforman el tercer ciclo de los estudios universitarios oficiales en España y tienen por finalidad la adquisición de las competencias y las habilidades concernientes con la investigación universitaria de calidad (artículos 13, 16 y 19 del Real Decreto 822/2021, respectivamente).

pranamente la STC 99/1987, de 11 de junio, o la STS de 19 de julio de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección7ª, "la creación e integración, en su caso, de cuerpos y escalas forma parte del régimen estatutario de los funcionarios públicos (art. 103.3 de la Constitución) y, en consecuencia, está sometida a una reserva de ley".

2. El puesto de trabajo como unidad básica de la estructura

Al igual que en la legislación precedente, el actual legislador andaluz ha querido dar importancia al puesto de trabajo como principal elemento de la estructura del empleo público y lo considera como su "unidad básica". En la exposición de motivos de la ley 6/1985 ya se refería a ellos como la "médula" del sistema. Sin embargo, sorprende la escasa regulación que se hace de este elemento estructural, a diferencia de lo que ocurre con otras legislaciones más avanzadas en el diseño organizativo que clásicamente han dado una enorme relevancia a este instrumento[40] o bien han modificado su normativa para darle un mayor peso en la estructura funcionarial[41]. Ni se ha incorporado expresamente ninguna definición del puesto de trabajo ni se hace referencia alguna a otros instrumentos que resultan imprescindibles para su adecuada configuración, tal como sucede con los llamados análisis funcionales, con las monografías, con las agrupaciones de puestos o con otros instrumentos complementarios de la ordenación del empleo público que completen la información recogida en las relaciones de puestos de trabajo[42]. Ha perdido así el legislador la oportunidad de definir, al menos, el puesto de trabajo como el conjunto de funciones o responsabilidades que son ejercidas por el personal empleado público a través del desempeño de las tareas que las satisfagan.

Introduce algunas novedades de interés que permiten dotar de una mayor flexibilidad a la organización. Por vez primera se regulan los principios que han de regir la ordenación de los puestos de trabajo. Aunque no los define ni establece su

[40] Véanse los artículos 40 y ss. de la Ley 11/2022, de 1 de diciembre, de Empleo Público Vasco.

[41] Así ha sucedido, por ejemplo, con la nueva Ley 4/2021, de 16 de abril, de función pública valenciana. Define el puesto de trabajo como el conjunto de funciones, tareas u otras responsabilidades encomendadas por la Administración a cada empleada o empleado y para cuyo adecuado desempeño es exigible un determinado perfil de competencias profesionales, entendiendo por estas la expresión de los conocimientos, experiencias, destrezas y capacidades necesarias para ello, con el fin de contribuir a la obtención de resultados de la organización (art. 37). De la misma manera, se introducen los análisis de puestos de trabajo como un instrumento de planificación usado para el diagnóstico y diseño del resto de las herramientas de organización y gestión de recursos humanos. Se definen como una potente herramienta necesaria para suministrar información tanto del trabajo, en relación con las tareas de los puestos, como del personal que lo desempeña en relación con el perfil de competencias necesario para su correcto desempeño.

[42] Estos instrumentos pueden resultar muy útiles para determinar el perfil de las competencias que requieren los puestos; el área funcional o relacional al que se adscribe el puesto de trabajo; los méritos específicos que deban valorarse en los procedimientos de provisión de puestos; los factores que han de ser tenidos en cuenta al objeto de determinar las cuantías de los complementos retributivos de los puestos, etc.

especial significado en este campo concreto, señala el principio de eficacia, el de jerarquía, el de descentralización funcional, el de desconcentración funcional y territorial, el de racionalidad organizativa, el de coordinación y el de trabajo en equipo. Crea nuevas unidades de inclusión del personal con discapacidad para velar por la plena incorporación y desarrollo profesional de dicho personal en su ámbito laboral. Dichas unidades han de existir en cada una de las Delegaciones del Gobierno, en las Consejerías competentes en materia de Función Pública, así como en los Servicios Sociales y de Salud. Son las responsables de prestar al órgano directivo del que dependan el apoyo administrativo especializado que precise en materia de inclusión del personal con discapacidad.

Otra importante novedad es la que hace referencia a la posibilidad de crear otras estructuras de carácter provisional. Asimismo, da cobertura legal a la posibilidad organizativa de "superponer" estructuras provisionales y complementarias a los puestos de trabajo vinculadas a actuaciones, proyectos o programas organizados entre órganos directivos distintos. Estas unidades hacen referencia a lo que podría denominarse "trabajo complejo", que se concibe, no por puestos, sino por proyectos o misiones[43].

Desde el punto de vista sistemático, a pesar de la voluntad del legislador de recoger en una única norma todo el régimen jurídico del empleo público andaluz para no tener que recurrir a la legislación básica estatal, no reproduce el contenido de algunos preceptos que son imprescindibles para aportar cierta flexibilidad a la gestión. Así, no hace ninguna mención explícita a la posibilidad de atribuir al empleado funciones distintas a las de su puesto de trabajo. Los contenidos del art. 73.2 del TREBEP en cuanto al derecho del empleado a realizar las tareas de su puesto y la posibilidad de que la Administración le encargue otro tipo de funciones aparecen deslavazadas a lo largo del texto de la ley. La atribución temporal de funciones se regula en el art. 136 de la ley como una modalidad de movilidad funcional. Por necesidades del servicio o funcionales debidamente motivadas y por el tiempo indispensable, la Administración puede asignar temporalmente al personal funcionario funciones propias de su cuerpo cuando no estén asignadas específicamente a puestos de trabajo o cuando no puedan ser atendidas con suficiencia por el personal funcionario que desempeña los puestos que las tienen asignadas, por volumen de trabajo, por razones coyunturales u otras debidamente motivadas. El propio derecho del empleado al desempeño efectivo de las funciones o tareas propias de su condición profesional se recoge ahora, no en los preceptos dedicados a la estructura del empleo público, sino en el listado de derechos individuales del funcionario público en el art. 28.1.b) de la ley.

[43] GORRITI BONTIGUI, Mikel, "Un sistema de reforma del empleo público alternativo a los recortes de personal", en la *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas,* nº 4, 2013.

Tampoco contiene ninguna regulación de las agrupaciones de puestos que, según los expertos de la teoría organizativa, deben ser un elemento esencial para la modernización de la estructura del empleo público. Y ello a pesar de que el art. 73.3 del TREBEP habilita legalmente a la Administración para agrupar sus puestos de trabajo en función de sus características para ordenar la selección, la formación y la movilidad. Así lo hace también el nuevo art. 110 del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, para los funcionarios estatales, que remite a una norma reglamentaria para determinar las áreas funcionales en que se estructurarán los puestos de trabajo. Establece, como norma general, que los puestos deben estar adscritos a una o varias áreas funcionales para permitir una gestión más eficaz de los recursos humanos, pues han de servir para la detección de necesidades de personal, la ordenación de la provisión de puestos de trabajo, la formación y, en su caso, la carrera profesional. La única mención que hace el legislador a las "agrupaciones de puestos" se encuentran en el art. 8.2.d) al atribuir al Consejo de Gobierno la determinación de los cuerpos, las agrupaciones de puestos de trabajo o los puestos de trabajo concretos de personal funcionario previstas en la normativa estatal de carácter básico a los que no pueden acceder las personas nacionales de otros Estados. Hubiera sido mucho más correcto desde un punto de vista sistemático hacer una mención explícita de esta potente herramienta de gestión en el capítulo destinado a la estructura y, más concretamente, en el art. 104 de la nueva ley, al regular los puestos de trabajo y las RPTs. Ello sorprende porque precisamente Andalucía fue en el año 1996 muy avanzada en diseño organizativo y aprobó el *Decreto 65/1996, de 13 de febrero, por el que se establece el área funcional como una de las características esenciales de los puestos de trabajo de personal funcionario contenidos en la Relación de Puestos de Trabajo de la Administración de la Junta de Andalucía.* Creó el área funcional como un instrumento racionalizador y organizativo dentro de la Función Pública andaluza y una de las características esenciales de los puestos de trabajo, de modo tal que cada uno de los puestos de trabajo del personal funcionario de la Administración de la Junta de Andalucía debe estar adscrito a un área funcional. Define el área funcional y el área relacional como elementos esenciales de la estructura del empleo público andaluz. En el área funcional se integran una serie de puestos cuya base común se encuentra en el conjunto de actividades o cometidos, características y procedimientos de trabajo similares que desarrolla. Asimismo, regula el papel de esos mismos puestos en un marco más amplio a través de su relación con otras áreas. Son instrumentos muy valiosos para diseñar itinerarios formativos y de carrera profesional. Siendo ello así, sorprende que el área funcional no aparezca expresamente recogida en el texto de la ley, en su art. 104.4 como uno de los contenidos mínimos y esenciales de las RPT.

A. Su ordenación a través de las relaciones de puestos de trabajo. Sus polémicas modificaciones automáticas

El artículo 104 regula este importante instrumento de ordenación de los puestos de trabajo, las relaciones de puestos de trabajo (RPTs). Las define como el instrumento a través del cual la Administración General de la Junta de Andalucía planifica, racionaliza y ordena su personal para una eficaz prestación de los servicios públicos. En rigor, es más bien un instrumento de ordenación, más que de naturaleza planificadora[44]. Las RPTs son públicas y se conciben como un instrumento vivo y dinámico, toda vez que deben ser objeto de las actualizaciones que resulten procedentes.

El legislador reenvía directamente a la norma reglamentaria para regular el contenido de las RPTs. En todo caso, deberán incluir una información mínima para cada puesto de trabajo: su denominación y la determinación de si está adscrito a personal funcionario, laboral o eventual; el cuerpo, especialidad u opción, así como al grupo o categoría profesional a que esté adscrito; su sistema de provisión y su adscripción orgánica; las retribuciones complementarias del puesto y los requisitos, méritos, capacidades, experiencia o categoría profesional para su provisión. Se echan en falta alguna mención expresa a otros contenidos importantes de la RPT como es la relativa a las áreas funcionales, que en el Decreto 65/1996 aparecen consideradas como "una de las características esenciales de los puestos de trabajo", de tal modo que cada puesto de trabajo debe estar adscrito a un área funcional[45]. En virtud precisamente de esta naturaleza, el art. 12.1.b) de la Ley 6/85 daba cobertura legal a esta herramienta. Ahora, al desaparecer del art. 104.4 de la nueva ley la mención a las "características esenciales del puesto", han quedado huérfanas y, salvo que se pretenda modificar el sistema, siguen siendo un componente esencial para la adecuada gestión de los puestos y de las personas que lo ocupan.

Asimismo, en vez de la referencia genérica a las retribuciones complementarias del puesto, sería técnicamente más correcto hacer referencias concretas al nivel competencial en el que ha sido clasificado cada puesto y al complemento específico. Más que nada porque el art. 66 se refiere a las "retribuciones complementarias del personal funcionario de carrera". Dentro de ellas, el operador jurídico tiene que discriminarlas. El nivel del puesto, que ahora se llama nivel competencial y dependerá de cómo esté clasificado éste en la relación de puestos de trabajo, ya que retribuye la especial dificultad técnica y la responsabilidad que concurren en el puesto de trabajo, dentro de la estructura jerárquica de la organización (el clásico complemento

[44] La Disposición adicional vigesimosegunda obliga a las entidades instrumentales del sector público andaluz a contar con un catálogo de puestos de trabajo como instrumento para la identificación de los puestos de trabajo y las necesidades reales de efectivos, a través de parámetros objetivos y evaluables que faciliten las modificaciones que sean necesarias.

[45] 1. Se entiende por área funcional el conjunto de actividades y tareas homogéneas con características comunes respecto de los conocimientos y formación necesarios, así como de los procedimientos de trabajo utilizados. Ej. área funcional de Administración Pública, área funcional de recursos humanos, de presupuestos y gestión económica, de contratación administrativa y régimen patrimonial, etc.

de destino). El nivel competencial se distribuye grados desde el 1 hasta el 20. Las retribuciones complementarias, aunque forzosamente deben dar esta información, no reflejan la naturaleza organizativa de este elemento y la previa labor de análisis y clasificación que debe conllevar. Lo mismo ocurre con el complemento del puesto, que retribuye las condiciones particulares, incluidas la peligrosidad y penosidad, del puesto de trabajo, exigibles para el desempeño del mismo o las condiciones en que se desarrolla el trabajo y su ámbito de actuación. Reglamentariamente (antes, complemento específico).

Sorprende que el legislador no mencione expresamente el papel que ha de desarrollar la negociación colectiva en la regulación que realiza en su art. 104.5, cuando las referencias a la negociación se repiten continuamente a lo largo del texto de la ley como si fuera un mantra, máxime teniendo en cuenta el papel protagonista que tienen la negociación colectiva en este ámbito y las dificultades que existen para coordinarlo con las potestades organizatorias de la Administración. Además, con una redacción un poco confusa parece que quiere someter esta materia a procesos de simplificación administrativa que se van a traducir en un curioso sistema de "modificación automática" de las RPTs sin tramitar ningún concreto procedimiento administrativo, ni siquiera simplificado. Así parece deducirse de la dicción literal del precepto que dice que "la elaboración, tramitación, aprobación y modificación de las relaciones de puestos de trabajo de la Administración General de la Junta de Andalucía, que deberán adoptar procedimientos de simplificación administrativa, corresponden a la Consejería competente en materia de Función Pública".

Es destacable el carácter dual de la competencia para tramitar y aprobar estos instrumentos. El legislador atribuye la competencia para la aprobación y modificación de las RPTs en dos órganos distintos. Como regla general, la elaboración, tramitación, aprobación y modificación de las relaciones de puestos de trabajo de la Administración General de la Junta de Andalucía corresponde a la Consejería competente en materia de Función Pública. Ahora bien, en determinados supuestos, la modificación de la RPT se hará con "carácter automático" y será aprobada por la persona titular del órgano directivo central con competencias en materia de función pública. Son varias las dudas jurídicas que plantea esta previsión, que atribuye a otro órgano la aprobación automática de algo tan sensible como la modificación de la RPT y sin mencionar explícitamente la negociación colectiva. Y ello porque la jurisprudencia ha determinado que prácticamente todo lo que tiene que ver con la modificación de puestos de trabajo tiene que ser objeto de negociación si afecta a las condiciones de trabajo del empleado. Como ha recordado la STS de 25 de noviembre de 2020, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, la nueva regulación prevista en el TREBEP exige, contrariamente a lo prevenido en la legislación anterior que "*las decisiones de las Administraciones que afecten a sus potestades de organización, entre las que cabe*

citar las relativas a la aprobación de las Relaciones de Puestos de Trabajo como instrumento técnico legalmente previsto para llevar a cabo la ordenación del personal, en cuanto repercutan en las condiciones de trabajo de los funcionarios, sean objeto de negociación con las organizaciones sindicales" .

Esta modificación automática está prevista en varios supuestos que tienen básicamente una naturaleza autoorganizativa. Recoge así la línea jurisprudencial apuntada, entre otras, en la STS de 18 de marzo de 2011, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección7ª, resolvió el recurso de casación clarificando la materia respecto de la modificación de la RPT de la Diputación de Valencia, con base a su potestad de autoorganización. Según la Sala, la Administración podrá directamente modificar la RPT cuando dicha modificación suponga creación, redistribución de puestos, revalorización de puestos de trabajo, denominación de puestos de trabajo o por ejecución de Sentencias judiciales firmes. En todos estos casos dará cuenta de ello previamente a los sindicatos conforme a la legislación anterior. Ahora bien, en el resto de los supuestos, la modificación de la Relación de Puestos de Trabajo requerirá la previa negociación con los representantes sindicales de los funcionarios. En concreto, las modificaciones que afectaban, entre otros aspectos, a la titulación exigida para el ingreso, amortización, características y retribuciones de los puestos de trabajo concernidos, excedían de aquéllas excluidas de la obligatoriedad de negociación.

Esta aprobación automática de la RPT está prevista cuando, siendo consecuencia de una reestructuración orgánica, suponga exclusivamente el cambio de dependencia de órganos directivos o de sus unidades administrativas; cuando se trate de la ejecución de una sentencia firme o sean consecuencia de peticiones de reingreso al servicio activo; cuando se deban a la aplicación de la oferta de empleo público, o instrumento similar, previamente aprobada; cuando se trate de una modificación para la asignación de puestos al personal funcionario cesado en puestos de dirección pública profesional o libre designación, o removido de los obtenidos por concurso de méritos o específico, o cuyo puesto haya sido suprimido; cuando se trate de la asignación de puestos al personal laboral que haya sido cesado en puestos para cuya forma de provisión el convenio colectivo se remita a la normativa laboral; para la modificación de las características declaradas a extinguir o supresión de puestos de trabajo declarados a extinguir, cuando queden vacantes, así como en otros supuestos de análoga naturaleza para el debido cumplimiento de la normativa vigente, que actúa como cláusula final de cierre de sistema.

El art. 37.2 del TREBEP excluye de la negociación las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización. Ahora bien, cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización tengan repercusión sobre condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, debe procederse a la negociación con los sindicatos. El legislador ha hecho un importante esfuerzo para clarificar esta materia a partir

de los múltiples pronunciamientos jurisprudenciales. Sin embargo, algunos de estos supuestos pueden ser problemáticos. Habrá que deslindar muy bien y delimitar cada uno de ellos, pues el riesgo de no hacerlo así y de no hacerlo bien es la nulidad de todo el proceso. Así, puede ser problemática por la inseguridad jurídica que plantea el último de los supuestos habilitantes de este peculiar proceso, cuando el legislador se refiere a la formulación genérica de "otros supuestos de análoga naturaleza". Dado que ello puede causar la nulidad de todo el proceso de modificación de la RPT, tal vez se requeriría una mayor concreción del legislador a este respecto[46].

No son los únicos problemas que plantea. Pensemos, por ejemplo, en el reingreso a través de la adscripción provisional y las garantías de tramo de carrera profesional y localidad que establece el art. 134.2, en relación con el art. 162, en los supuestos de remoción de un puesto cuya forma de provisión sea el concurso o cuando se produzca el cese en un puesto de trabajo obtenido por libre designación, hasta que obtengan un puesto de carácter definitivo. ¿Son estas las modificaciones automáticas a las que se refiere el legislador? También en el art. 21.4, que regula lo que ocurre cuando cesa el personal funcionario nombrado como personal directivo público profesional que no sea alto cargo, que no tiene reserva del puesto. Ahora bien, tiene derecho a obtener un puesto de las mismas características al que desempeñaba en el momento de su nombramiento, en la localidad que elija y a que se le respeten las condiciones y retribuciones correspondientes a la categoría, nivel o escalón de la carrera consolidados. Esto sugiere, entre otras cosas, que se puede automáticamente modificar el nivel del puesto para cumplir con esta exigencia. De ser así, denotaría que los intereses de la organización se subordinan a los derechos del funcionario y que, sin razón organizativa que lo justique por la responsabilidad y complejidad del puesto, se pueda modificar este libremente.

B. Las nuevas herramientas de diseño organizativo: las unidades administativas de apoyo temporal y de servicios comunes

El legislador ha introducido determinadas instituciones que son necesarias para una gestión más flexible de los recursos humanos y que se caracterizan por su carácter temporal. Vislumbran una nueva concepción de la actuación administrativa, de la llamada Administración por proyectos, que plantea interesantes retos organizati-

[46] En otras comunidades autónomas se prevén fórmulas similares, pero mucho más contenidas. Así, por ejemplo, puede citarse el art. 45 de la nueva ley vasca de 2022, por ejemplo, que prevé la inclusión directa en la primera modificación de la RPT que se haga de los cambios de adscripción de los puestos de trabajo del personal funcionario por reasignación, readscripción o redistribución de efectivos, siempre que el nuevo destino se encuentre ubicado en el mismo municipio y no conlleve una modificación de sus condiciones de trabajo. De igual manera, las modificaciones de la estructura orgánica que tan solo afecten a la denominación de los departamentos o de los órganos a los que estén adscritos los puestos de trabajo y no afecten al contenido funcional.

vos. Pone en jaque la estructura funcionarial basada en cuerpos de funcionarios, que son permanentes e inamovibles y en puestos de trabajo, que se caracterizan por su carácter estable en la organización y por su rigidez. Somete a discusión la existencia misma del puesto como pieza esencial de la estructura. Normalmente se trata de actuaciones que están fuera de las funciones habituales, que no encajan exactamente con las funciones y tareas de un concreto puesto de trabajo, sino que requieren el concurso de varios funcionarios públicos que trabajen en equipo, la aportación de conocimientos y destrezas multidisciplinares, el trabajo en red con sujetos privados. En otras ocasiones, puede requerir la creación de unidades administrativas de carácter temporal. La adecuada gestión de estos proyectos demanda la versatilidad y movilidad del funcionario, que la Administración pueda disponer de los recursos humanos apropiados para cada uno de ellos, que conozca el talento de sus funcionarios y sepa gestionarlo para asignar a cada proyecto el funcionario cuyo perfil resulte más idóneo[47].

Buen ejemplo de estos cambios y de estas nuevas necesidades se puede apreciar en el *Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*. Este nuevo régimen de gestión, que se ha creado en paralelo a la gestión ordinaria, es claramente indicativo de que el modelo necesita también nuevas herramientas estructurales y algún reajuste. Las clásicas parece que ya no son suficientes para responder ante las nuevas necesidades de la Administración, que parecen centradas en un concreto objetivo, especialmente complejo y de carácter temporal. Lo novedoso, más bien, está en la flexibilidad y discrecionalidad de los órganos directivos para gestionar el talento del funcionario, atribuirle nuevas funciones, agilizar la provisión de puestos de trabajo o la modificación de las RPTs.

Se echa de menos, no obstante, que el legislador no haya establecido una regulación más completa y detallada de esta importante novedad que está pensada para lograr una mayor flexibilidad de la Administración e introducir innovación en el diseño organizativo, máxime teniendo el antecedente inmediato en la creación de unidades administrativas de carácter temporal en el art. 15 del *Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía*. Estas unidades se crearon para la gestión de proyectos financiables con fondos europeos por la Dirección General de Recursos Humanos y Función Pública, mediante la modificación de la relación de puestos de trabajo, a propuesta de la persona titular de cada Viceconsejería, previo informe favorable de los órganos

[47] CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, "Propuestas para la reforma de una estructura funcionarial ya obsoleta. Los retos de una Administración más moderna, automatizada y que actúa por proyectos", en *Continuidad versus transformación: ¿Qué función pública necesita España?*, INAP, Madrid, 2021.

directivos competentes en materia de fondos europeos, con un plazo determinado vinculado a la gestión de proyectos financiables con fondos europeos. Se previó que los puestos de trabajo adscritos a la Consejería o agencia instrumental con los que se dotaran estas unidades retornaran a su unidad de origen una vez que se cumpliera este proyecto.

En su lugar, ha recurrido a las disposiciones adicionales. Las disposiciones adicionales vigesimonovena y trigésima, efectivamente, regulan estas innovaciones en el diseño organizativo. La primera disposición regula las Unidades Administrativas de Apoyo Temporal de la Administración de la Junta de Andalucía. Las define como aquellas unidades integradas por personal funcionario o laboral de la misma y, si resulta necesario, por el personal contratado por las entidades instrumentales del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que se caracterizan por tres aspectos. En primer lugar, por la heterogeneidad de su personal. Puede agrupar a personal que posee distinta naturaleza jurídica y estar conformada por personal funcionario, por personal laboral e incluso por personal contratado por las entidades instrumentales del sector público. Lo relevante es que puedan aportar el conocimiento pluridisciplinar necesario para la atención de los objetivos específicos que se le asignen. En segundo lugar, por su marcado carácter temporal, toda vez que estas unidades solo mantienen su existencia durante el plazo exclusivamente necesario para la consecución de los objetivos asignados y, en tercer lugar, porque pueden disponer de instalaciones propias para el desarrollo en equipo de su labor, con plena o mayoritaria dedicación a la misma por parte de sus integrantes.

Estas unidades se apoyan en la atribución temporal de funciones prevista en el art. 136 de la Ley y su constitución debe estar prevista en un plan de ordenación de recursos humanos. Se crean a propuesta de la Consejería competente en materia de Administración pública, por acuerdo del Consejo de Gobierno, que deberá fijar los objetivos que se les asignen, su plazo de vigencia, la cobertura financiera de sus necesidades, su dependencia, estructura y características. Estarán adscritas al órgano directivo central o periférico que en el mismo se determine.

Otra herramienta nueva de diseño organizativo que crea el nuevo legislador andaluz es la prevista en la Disposición adicional trigésima de la Ley 5/2023. En ella se regulan las Unidades Administrativas de Servicios Comunes de la Administración de la Junta de Andalucía, que también se vinculan forzosamente a los instrumentos de planificación de personal. Se definen como aquellas unidades que están integradas por personal funcionario o laboral de la misma y, si resulta necesario, por el personal contratado por las entidades instrumentales del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que reúnen determinadas características. En primer lugar, pueden estar conformadas por personal funcionario o laboral y per-

sonal contratado por las entidades instrumentales del sector público de acreditada especialización en una materia específica o campo de conocimiento concreto. En segundo lugar, disponen de personal con la capacidad necesaria para prestar servicios técnicos especializados a la Administración de la Junta de Andalucía y su sector público instrumental, cuando no tengan medios propios suficientes o adecuados a la naturaleza del servicio.

Su personal se adscribe a la Unidad por medio de un proceso de movilidad en el marco de un plan de ordenación de recursos humanos, previa negociación con las organizaciones sindicales, que contendrá una fase voluntaria y una forzosa en el supuesto de no ser cubiertos los puestos necesarios. Dicho plan debe contener, al menos, las funciones a realizar, la titulación exigida y los perfiles profesionales o niveles de cualificación del personal a adscribir. Para las fases de carácter voluntario y obligatorio, en su caso, se establecerá, además, el correspondiente baremo de méritos. En los supuestos de cambio de localidad del citado personal, la adscripción solo podrá efectuarse de manera voluntaria.

Su creación conlleva la correspondiente modificación de la relación de puestos de trabajo que resulte necesaria para materializar dicha adscripción y se ajustará a la legislación vigente en materia de plantilla presupuestaria. La creación de cada Unidad Administrativa de Servicios Comunes debe ser la respuesta a una necesidad organizativa. Por ello, y en buena lógica, debe realizarse previamente un estudio de la demanda interna de los servicios existentes en la Administración de la Junta de Andalucía, así como de las necesidades puestas de manifiesto tras la reordenación de sus entidades instrumentales en aplicación de la disposición adicional trigésima de la Ley 3/2019, de 22 de julio, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma para 2019, previo informe de las Consejerías competentes en materia de Hacienda, Sector Público Instrumental y Función Pública. Las Unidades pueden prestar sus servicios a la Presidencia de la Junta de Andalucía, a las Consejerías y a los restantes organismos dependientes o adscritos a estas, financiándose prioritariamente por medio de los recursos económicos procedentes de aquellas, salvo las excepciones que apruebe el Consejo de Gobierno.

En fin, esta evolución del modelo de puestos hacia el modelo de proyectos sugiere un cambio de paradigma. Requiere la gestión total del talento, de las destrezas y aptitudes del empleado público, su concepción como un recurso muy versátil del que puede disponer la Administración según sus necesidades y que tiene que asignar a distintos sitios cuando corresponda porque así lo requieran las necesidades del servicio y de la organización. Sin embargo, esta "disponibilidad" del funcionario difícilmente cuadra con el rígido modelo de cuerpos funcionariales identificados con una concreta titulación.

IV. LA CLASIFICACIÓN DEL PERSONAL LABORAL

El personal laboral se clasifica conforme a lo dispuesto en la legislación laboral y el correspondiente convenio colectivo (art. 103). No obstante, el legislador intenta predeterminar el contenido de la negociación al establecer algunas orientaciones para la conformación de la voluntad de la Administración, que tendrá como objetivo implantar una clasificación profesional equiparable al sistema nacional de cualificaciones, a fin de garantizar la homogeneidad de todo el personal.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALDOMÀ BUIXADÈ, J. "Planificación de los recursos humanos y estructuración del empleo público (arts. 69 a 77)", en *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público,* obra colectiva dirigida por Salvador del Rey Guanter y coordinada por Manuel Férez Fernández y Esther Sánchez Torres, La Ley, 2008.

ARROYO YANES, L. M. "La ordenación de la actividad profesional en el Estatuto Básico del Empleado Público: planificación de Recursos Humanos y estructuración del empleo público", en la obra colectiva coordinada por Enrique LINDE PANIAGUA, titulada *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo por el Estado y las Comunidades Autónomas*, Colex, Madrid, 2008.

CANTERO MARTÍNEZ, J. *Claves para la modernización de la estructura funcionarial: la coexistencia ordenada de cuerpos y puestos de trabajo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

CANTERO MARTÍNEZ, J. "Propuestas para la reforma de una estructura funcionarial ya obsoleta. Los retos de una Administración más moderna, automatizada y que actúa por proyectos", en *Continuidad versus transformación: ¿Qué función pública necesita España?*, INAP, Madrid, 2021.

GORRITI BONTIGUI, M. "Un sistema de reforma del empleo público alternativo a los recortes de personal", en la *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº 4, 2013.

GORRITI BONTIGUI, M. "Evolución de los puestos y nuevos perfiles profesionales en la Administración Pública del siglo XXI", en Carles Ramió (Editor): Repensando la Administración Digital y la Innovación Pública. Cap. 11, INAP, Madrid, 2021.

JIMÉNEZ ASENSIO, R., "Estrategias para modernizar la gestión pública de recursos humanos en un contexto de contención presupuestaria: efectos de las medidas de ajuste, instrumentos de planificación y medidas de innovación", en la *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº 4, junio de 2013, p. 91.

JIMÉNEZ ASENSIO, R. "La estructura del empleo público en el Estatuto Básico del Empleado Público", *Estatuto Básico del Empleado Público*, obra colectiva dirigida por Luis Ortega Álvarez, La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2007.

JIMÉNEZ ASENSIO, R. "El (inaplazable) relevo generacional en las Administraciones públicas: desafíos en un entorno de revolución tecnológica y de crisis fiscal como consecuencia de la pandemia de 2020", en *Anuario de Derecho Municipal 2019*, Madrid: Universidad Autónoma, Instituto de Derecho Local, 2021.

PALOMAR OLMEDA, A. "Impasse y deterioro del marco jurídico. ¿Habrá que cambiar el EBEP antes de aplicarlo", en la *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas,* nº 3, junio de 2012, pp. 81 y ss.

PALOMAR OLMEDA, A. "Organización del empleo público", capítulo tercero del *Manual de Empleo Público*, obra colectiva dirigida por Federico Castillo Blanco y Javier Quesada Lumbreras, Iustel, Madrid, 2009, p. 229.

RODRÍGUEZ GURTUBAY, A. *Planificación de recursos humanos en las Administraciones Públicas*, INAP, Madrid, 2013.

SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho de la Función Pública,* Tecnos, Madrid, 2020.

VÁZQUEZ GARRANZO, J. *Comentarios a la ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, obra coordinada por Raquel Yolanda Quintanilla Navarro y Alberto Palomar Olmeda y dirigida por Antonio Vicente Sempere Navarro, 2008.

La selección en la nueva Ley de la Función Pública de Andalucía

Rafael Jiménez Asensio

(Consultor de Sector Público/Catedrático (acreditado) de Universidad)

SUMARIO. I.- PRESENTACIÓN. II.- LA SELECCIÓN EN LA FUNCIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA: DE DÓNDE VENIMOS Y DÓNDE ESTAMOS. 1.- España no ha tenido una cultura asentada en el mérito por lo que afecta al acceso a la función pública.2.- El momento selectivo es una fase trascendental de la política de recursos humanos de una organización, pues condiciona su presente y, sobre todo, su futuro. 3.- La selección es la puerta de entrada a la función pública y parte esencial de la política de recursos humanos de una organización. 4.- Las notas existenciales de la función pública tienen estrecha relación con el momento selectivo: profesionalidad; imparcialidad y estabilidad. Otras notas. 5.- Las políticas de selección deben enmarcarse en una planificación estratégica de recursos humanos: la previsión de efectivos y la identificación de necesidades a corto, medio y largo plazo.6.- El cierre temporal de la selección: políticas de ajuste presupuestario y restricciones en la oferta de empleo público (paralización de las convocatorias de plazas), con el consiguiente incremento de la temporalidad. La pandemia agravó el problema. 7.- La obsolescencia "sobrevenida" de la Oferta de Empleo Público como instrumento de planificación de las necesidades de recursos humanos y de la convocatoria de plazas. 8.- Un modelo continuista en el marco regulador de la selección en el Estatuto Básico del Empleado Público. 9.- El modelo institucional de la selección es propio del siglo XX y alejado de las necesidades actuales de la sociedad.10.- Las tímidas propuestas de innovación de los procesos selectivos impulsadas desde distintos ámbitos han tenido una aplicación tibia o simplemente han quedado paralizadas. III.- DESAFÍOS INMEDIATOS DE LA SELECCIÓN DE PERSONAL EN EL SECTOR PÚBLICO. 1.- El mito de la atracción y captación del talento por el sector público 2.- El desarrollo de unas organizaciones públicas inteligentes que generen un ecosistema profesional. 4.- El refuerzo de las capacidades administrativas de la función pública depende directamente de la mejora de los procesos selectivos. 5.- Apostar por una planificación estratégica de recursos humanos, una previsión de efectivos y

una ágil y efectiva gestión de los procesos selectivos. 6.- Relevo generacional como test de estrés de las Administraciones Públicas en el largo proceso de reposición de efectivos durante los próximos años. 7.- Los procesos selectivos en la función pública deben promover que la sociedad real se refleje en las estructuras de personal al servicio de las administraciones públicas, mediante políticas de cohesión e integración de la diversidad. 8.- Repensar la selección en la función pública. Algunos pasos. IV.- LÍNEAS FUERZA DE LA SELECCIÓN DE PERSONAL EN LA LEY 5/2023, DE 7 DE JUNIO, DE FUNCIÓN PÚBLICA DE ANDALUCÍA. 1.- Introducción. 2.- La selección de funcionarios en la exposición de motivos de la Ley. 3.- La aplicación de las reglas de selección al personal al servicio de la Administración Local 4.- Previsiones generales conexas en materia de selección de personal en la LFPA 5.- Selección y negociación colectiva: la extensión del modelo TREBEP y de su desviación normativa ulterior 6.- Una configuración continuista de la Oferta de Empleo Público. 7.- Una estructura corporativa tradicional, marcada por la rigidez y la sofisticación, que es la puerta de entrada a la función pública autonómica. 8.- Principios y requisitos de acceso en la LFPA. 9.- Órganos de selección. La continuidad, con matices, de un modelo amateur de gestionar los procesos selectivos. 10.- Sistemas selectivos: continuismo legal e indeterminación. 11.- Los procesos selectivos como "caja de herramientas". Finalidades de la ley y naturaleza potestativa de las medidas. 12.- Continuismo en la regulación legal de las convocatorias. 13.- Selección de funcionarios interinos y personal laboral temporal. La cristalización legal de "las bolsas de empleo". 14.- Medidas dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público: las hipotecas de la legislación básica y algunas novedades. V.- A MODO DE CONCLUSIONES. VI.-BIBLIOGRAFÍA

I. PRESENTACIÓN

Si bien su enunciado es más concreto, este trabajo tiene un triple objeto: por un lado, identificar de dónde venimos y dónde estamos en lo que respecta a la selección en la función pública; por otro, exponer algunos desafíos mediatos e inmediatos a los que se enfrentan las políticas selectivas en el sector público; y, finalmente, llevar a cabo un análisis puntual de la regulación recogida en la reciente Ley de Función Pública de Andalucía, que es el título del presente artículo. No obstante, comprender el marco normativo actual de la función pública andaluza, requiere analizarlo también a partir de sus hipotecas generales, donde el legislador o el gestor poco pueden hacer para paliar sus letales efectos.

Expuestos estos tres enfoques, se realizará asimismo una breve valoración general conclusiva de la regulación del momento selectivo en la ley andaluza.

Los presupuestos conceptuales y prácticos de los que parte este estudio a la hora de abordar tan importante objeto se irán desgranando a lo largo de estas páginas, pero aun así se pueden adelantar algunas hipótesis de trabajo, tales como que los procedimientos tradicionales de seleccionar funcionarios (o lo que aquí denominamos como *vieja selección*; aunque sea la que actualmente sigue imperando), que en sus elementos formales y materiales hunden sus raíces en los siglos XIX y XX, conforman un modelo que está agotado o prácticamente muerto en lo que a su efectividad respecta. Aunque el viejo sistema selectivo sigue teniendo numerosos defensores, principalmente en los miembros de los cuerpos de élite, entre los expertos en ese ámbito hay una relativa coincidencia en que ese modelo está periclitado y que debe ser objeto de transformación o cambio.

Aun así, la vieja selección no se termina de ir nunca y los nuevos modelos selectivos que se apuntan por doquier no acaban tampoco de nacer o, al menos, de arraigarse con ciertas garantías. El hecho cierto es que los procesos selectivos siguen siendo procedimientos muy formalizados jurídicamente (en aras, se dice, a articularlos con un haz de garantías hacia quienes en ellos intervienen), de larga extensión temporal en su ejecución (con todas las disfuncionalidades que ello genera), con formatos de contenidos muy clásicos (temarios, algunas veces irracionalmente extensos y pésimamente elaborados), estructura de las fases de evaluación con un esquema igualmente muy clásico (evaluación de conocimientos y/o destrezas; y menos atención a otras variables como la inteligencia, la personalidad o el desarrollo profesional contrastado), preterido por la multiplicación de los ejercicios de test (que han adulterado aún más esos procesos) y sin la exigencia –salvo en algunos cuerpos de la AGE- del conocimiento del inglés u otras lenguas extranjeras. Las Comunidades con lengua oficial distinta del castellano si que exigen acreditar el conocimiento de aquella, pero no el de esta, llegando a darse en algunos casos la paradoja de que hay funcionarios que se desenvuelve bien en la lengua propia y con dificultades (orales o escritas) en la lengua común del Estado, sobre el dominio de la cual nadie les evalúa (pues se da como un valor entendido). Asimismo, el formato de los "tribunales" está aún muy preñado de una configuración amateur de tales órganos selectivos, con lo cual el momento selectivo y su propia operatividad depende en buena medida de la composición de tales órganos, la concepción que sus miembros tengan de la función y, en fin, el ancho margen de discrecionalidad técnica que les ampara en el ejercicio de sus tareas.

En verdad, el deterioro del momento selectivo en la función pública no solo es consecuencia de los factores expuestos de forma expeditiva más arriba, sino que la degradación de la selección en la función pública ha ido adquiriendo tintes grotescos en una huida sinfín hacia el *abaratamiento* de las exigencias para acceder a la función pública, hasta el punto de que, con la finalidad evidente de aplantillar al personal

interino sin apenas ningún tipo de exigencias materiales (solo formales), *en buena parte de las administraciones públicas españolas ya no se selecciona realmente, sino que los procesos implantados son exclusivamente de incorporación a las plantillas de ese tipo de personal interino;* esto es, desde una perspectiva real, la selección ha dado paso a procesos de *incorporación más o menos automatizada* del personal interino a las plantillas de las administraciones y de su sector público. Aunque había ya bastantes precedentes en esta forma de plantear los procesos selectivos "blandos" (Xavier Boltaina, 2018), el punto de inflexión de ese nuevo modelo (aunque con pretendida vocación de transitoriedad en su ejecución, que no se cumplirá) vino de la mano de la polémica Ley 20/2021, luego ahondada en sus espurios fines por el pintoresco artículo 217 del Real Decreto-ley 4/2023. Pero no conviene que los árboles nos impidan ver el bosque. Es preciso, por tanto, retomar el enfoque antes expuesto.

II. LA SELECCIÓN EN LA FUNCIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA: DE DÓNDE VENIMOS Y DÓNDE ESTAMOS

Este epígrafe se desarrollará mediante la formulación de diez tesis y una reflexión incorporada que contamina en buena medida lo expuesto, al hilo de los denominados eufemísticamente *procesos de estabilización*, que en su versión más contundente comportan la negación de los procesos selectivos y su configuración como simples procesos de incorporación "ordenada" de personas a la función pública bajo criterios preferentemente de antigüedad en el tiempo de servicios prestados, y al margen de la aplicación material de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, cuyos elementos adquieren un reflejo altamente tibio en estos procesos, hasta incluso desvanecerse por completo.

1. España no ha tenido una cultura asentada en el mérito por lo que afecta al acceso a la función pública

En verdad, la cultura del mérito en el acceso a la función pública, aunque parcialmente hunde sus raíces en algunas experiencias puntuales de acceso a los cuerpos especiales de la Administración del Estado durante el siglo XIX (De la Oliva-Gutiérrez Reñón; Jiménez Asensio, 1989), tan solo ha tenido arraigo firme en algunos períodos del siglo XX y en ciertas administraciones (especialmente, en la Administración General del Estado, AGE). A lo largo de nuestra historia administrativa y en no pocos casos y momentos, esa voluntad selectiva de aplicar el principio de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública se ha visto totalmente empañada por sistemas de nombramiento y cese totalmente discrecionales (cesantías), por la constante existencia de procedimientos selectivos extraordinarios que tenían como vocación principal aplantillar estructuralmente personal interino o temporal

(lo que se llegó en denominar "función pública paralela"), o incluso mediante la opción de las conocidas "oposiciones patrióticas" (durante el franquismo). En no pocas circunstancias, en efecto, el acceso a la función pública se ha hecho por la puerta de la interinidad, que se convirtió así en el *modo de acceso ordinario al empleo público,* que también en numerosas circunstancias se ha abierto sin especiales exigencias de concurrencia competitiva o de acreditación de competencias. Una vez incorporados a las estructuras funcionariales o del empleo público, el siguiente paso ha sido *normalizar* esos accesos a la condición de funcionarios de carrera o de personal laboral fijo mediante pruebas llamadas formalmente selectivas, pero que se diseñan de tal manera que siempre acceden aquellos que ya están, y también por lo común por medio de la comprobación de muy bajas exigencias o, incluso, por medio de concurso "de méritos" (cuyo peso determinante es el tiempo de servicios prestados a la propia Administración). Lo cierto es que esa cultura de *acceso barato* al empleo público, ha tenido como contrapunto importante una función pública cuyos procesos selectivos mal aplicados han provocado, por lo común, *costes disfuncionales elevados.*

2. El momento selectivo es una fase trascendental de la política de recursos humanos de una organización, pues condiciona su presente y, sobre todo, su futuro

En efecto, con toda probabilidad el momento selectivo es el más importante de las distintas fases en las que se articula una política de gestión de personas en una Administración Pública. Es bien obvio que, teniendo en cuenta que el acceso a la condición de funcionario de carrera o de personal laboral fijo en el sector público conlleva habitualmente la estabilidad *sine die* y la prolongación de los servicios prestados por varias décadas hasta la jubilación, una mala o equivocada decisión selectiva hipoteca la vida y el presupuesto de la organización (Administración Pública) para varias generaciones. No es precisamente un asunto menor. Tal como se decía más arriba, los costes funcionales son inmensos, pues quien trabaja mal o muy mal repercute varias de sus tareas o sus fallos sobre la organización y sobre sus propios compañeros; pero ese mal desempeño (que, por lo común, no se mide en nuestras organizaciones, al no haber sabido o no haber querido implantar sistemas de evaluación del desempeño) tiene además y sobre todo impacto especial sobre la calidad de los servicios y prestaciones públicas, deslegitimando la propia imagen de la Administración Pública y generando desconfianza entre la ciudadanía.

No menores son los impactos fiscales que tiene una mala decisión selectiva, pues si la persona reclutada no se adecua a las exigencias o competencias propias del puesto de trabajo o de la estructura funcionarial respectiva, y sus prestaciones son bajas o muy bajas, las consecuencias financieras (al margen de las organizativas y funcionales) pueden ser letales, dado que se requerirá cubrir esas carencias con

nuevos efectivos y los costes retributivos se tendrán que duplicar en algunos casos, lo que si se calcula por el tiempo (o décadas) de los servicios (no)prestados (o prestados inadecuadamente), se observará claramente cómo se multiplican los costes financieros hasta límites insospechados. Esos efectos económicos son letales y se agudizan conforme la organización es más pequeña, así como cuando los puestos de trabajo afectados son menos numerosos (o no existen apenas dotaciones). En esos supuestos, la mala selección puede ocasionar, además, necesidades reales de externalizar el servicio por manifiesta incompetencia de quien lo debería prestar. No hay que llamarse a engaño, muchas contrataciones públicas que llevan a cabo las administraciones se deben en buena medida a un déficit evidente de competencias profesionales de sus propios funcionarios.

Algunas de esas taras se podrán corregir con el paso del tiempo, pero otras muchas no. La hipoteca para la organización será pesada, tanto en lo que afecta a la inserción de personas inadecuadas como al peso presupuestario (gasto público ineficiente) que comporta tal medida. Por no hablar de la contaminación que supone incorporar funcionarios que no hagan bien su trabajo o que dispongan de nula o escasa versatilidad y polivalencia, pues tales personas pueden arrastrar, además, dosis innegables de *toxicidad* o de *contagio* al funcionamiento de esas estructuras administrativas en las que se insertan, y sobrecargar (lo que suele ser más común de lo que se piensa) el trabajo de aquellos profesionales que ejercen bien sus funciones. Una mala decisión selectiva es, por tanto, una muestra evidente de mal gobierno y de despilfarro, así como de mala gestión. Se puede comparar en sus efectos a las pésimas consecuencias de nombramientos clientelares o fruto del amiguismo o nepotismo en lo que afecta al ingreso al empleo público. En determinados contextos, puede llegar a ser una modalidad atípica de corrupción política, gestora o sindical. Los costes de todo ello son elevadísimos y los paga la ciudadanía. No cabe olvidar este último punto. Las Administraciones públicas autonómicas y locales no llegarán a ser profesionales ni eficientes sin una decida apuesta por la mejora continua de sus sistemas de selección y por la erradicación absoluta de prácticas clientelares o de fomento turbio de una estabilidad mal entendida.

3. La selección es la puerta de entrada a la función pública y parte esencial de la política de recursos humanos de una organización

Las políticas de selección son una parte nuclear de cualquier sistema integral de gestión de recursos humanos. Dicho de otro modo: el reclutamiento y la selección (aunque son cosas distintas) no se pueden aislar del resto de elementos de ese sistema de gestión de personas en las organizaciones públicas (valores, estructura organizativa, diseño de los puestos de trabajo, formación, carrera profesional, evaluación del desempeño, provisión de puestos de trabajo, sistema de incentivos y retribuciones,

derechos y deberes, etc.). Si la *puerta de entrada* al empleo público profesional no funciona correctamente, que nadie se llame a engaño: nunca, absolutamente nunca, esa organización dispondrá de una función pública profesional a la altura de las exigencias y retos de cada momento. Una mala o deficiente selección de empleados públicos contamina la política de gestión de personas en las organizaciones públicas hasta convertirla en inoperante. Y es más, los déficits en la selección de personal comportan otras muchas limitaciones, tales como, sin duda, una menor legitimidad de las Administraciones Públicas al ofrecer a la ciudadanía peores servicios y prestaciones. Además, como ya se ha expuesto, al no disponer de conocimiento interno, las Administraciones Públicas recurren con mayor asiduidad de la necesaria a la externalización de funciones críticas (no deja de ser paradójico que se busque fuera el conocimiento técnico cualificado o especializado, cuando este es el que precisamente debería estar dentro de la organización) o, en su defecto, conduce a hacer de forma poco eficiente las cosas, con lo cual las políticas gubernamentales tardarán en ser efectivas, no se alcanzarán las metas o cuando se adopten será de forma deficiente. Y, una vez más los platos rotos, siempre los pagará la ciudadanía, que observa cómo la recaudación derivada de su carga impositiva se mal utiliza.

4. Las notas existenciales de la función pública tienen estrecha relación con el momento selectivo: profesionalidad; imparcialidad y estabilidad. Otras notas

Por consiguiente, no conviene olvidar una cuestión muy básica. La institución de función pública apareció en escena (siglos XIX y XX) para cerrar el paso a políticas de *spoils system* (en España, a su versión castiza de las "cesantías") o de carácter clientelar, que durante décadas configuraron la Administración Pública como botín del partido ganador de las elecciones, pues quien alcanzaba el poder repartía los empleos en la Administración entre sus fieles o seguidores. Esa cultura de clientelismo político o sindical todavía está muy presente en las mentalidades y en la forma de actuar de ciertas personas. Con la finalidad de reforzar la institucionalidad de la función pública, este proceso se fortalecimiento siempre ha girado inicialmente a través de tres notas distintivas de esa institución, que son existenciales:

1) *Profesionalización:* el acceso a la función pública se debe llevar siempre a cabo de acuerdo con el principio de igualdad, mérito y capacidad; esto es, deben entrar a la función pública los candidatos mejores que así lo acrediten en procesos competitivos y de libre concurrencia (lo que nosotros llamamos "oposiciones"; aunque con algunos sucedáneos que ahora no es preciso comentar).

2) *Estabilidad*: a quienes así acceden se les garantiza un estatuto de inamovilidad o permanencia, con la finalidad de ponerlos al abrigo de las influencias y remociones políticas, siendo esta nota hoy en día un evidente privilegio de los empleados públicos en relación con el sector privado (configurado por relaciones de empleo de enorme volatilidad). Superar la etapa de las eternas cesantías constó en España más de un siglo; sin la garantía de la permanencia, la rotación en los empleos públicos era una constante en la administración decimonónica, y el mantenimiento o cese en el puesto de trabajo dependía de las relaciones políticas, familiares o de amistades, más que del propio rendimiento. Pero, la estabilidad no se entiende sin la profesionalización, pues ausente esta se convierte en un medio de pervertir la institucionalidad de la función pública y facilitar accesos espurios a las plantillas funcionariales.

3) *Imparcialidad*: esta tercera nota es consecuencia de las anteriores, puesto que solo los funcionarios que acceden a la Administración Pública acreditando profesionalidad y a los que se les dota de un estatuto de permanencia, pueden disponer de la necesaria imparcialidad frente al poder político de turno (como dicen los anglosajones, solo quien tiene ese estatuto de profesionalidad, junto con la permanencia, está en condiciones de decir "no" a los políticos, sobre todo cuando pretenden adoptar medidas no convenientes al interés público). La imparcialidad funcionarial es un contrapeso a la arbitrariedad política. Sin la convergencia de estos tres elementos no se puede hablar de función pública profesional. Y si falla el primero, el último se desmorona. Tampoco basta con "estabilizar", es imprescindible salvaguardar la profesionalización e imparcialidad de la función pública. Es un elemento existencial de la institución.

Junto a esos pilares básicos en los que se asienta su propia institucionalidad, se han ido desarrollando en paralelo o a través del tiempo otros elementos que han reforzado y enriquecido conceptualmente a la institución de función pública, que sin tener naturaleza existencial complementan a los anteriores o conforman el nuevo perfil de la institucionalidad futura, entre los que se pueden destacar, por ejemplo, los siguientes:

1)*Valores.* Los valores representan la base en la que se asienta la institución y constituyen asimismo el faro que orienta la idea de servicio público que anima el ejercicio de las funciones públicas por parte de la función pública. En la propia configuración profesional e imparcial de la institución de función pública (*civil service*) se presumía desde sus primeros pasos la trascendencia de los valores en su configuración institucional, como puso de manifiesto el importante Informe *Northcote Trevelyan* de 1854 en el Reino Unido, que abrió las puertas a la erradicación del patronazgo en la Administración de la Corona británica y a la introducción del sistema de mérito, algo que se lograría a partir de 1870. A partir de esas premisas, los funcionarios

son servidores públicos, no están al servicio del partido de turno, sin perjuicio de que cumplan lealmente su programa de gobierno, pero siempre con pleno respeto al orden constitucional y legal vigente. El principio de *neutralidad funcionarial* es clave en la existencia de la institución. Pero lo es, asimismo, construir infraestructuras éticas para que la corrupción no anegue la vida y el funcionamiento de la Administración Pública. La función pública profesional e imparcial, y los valores que la acompañan (integridad, honestidad, objetividad e imparcialidad.), son, así, una barrera infranqueable a la penetración de la corrupción.

2) *Democracia.* La institución actual de la función pública es una pieza determinante en cualquier sistema democrático. No se entiende un Estado Social y Democrático de Derecho sin esa premisa. Tal como reconoció hace años el *Código de Valores y de Ética del sector público de la Administración Federal de Canadá*: «Un sector público federal, profesional e imparcial *es un elemento clave de nuestra democracia*»[1]. La institución de función pública, así como igual sucede con función judicial, se legitiman por la interiorización y aplicación de la Constitución y de la Ley, como expresión de la vida democrática de un país.

3) *Inclusión.* Corolario de su naturaleza democrática, la actual institución de la función pública o es inclusiva, representando o reflejando *todas* las sensibilidades sociales, étnicas, lingüísticas y territoriales de un país, o manifiesta en caso contrario un déficit, que puede alcanzar a ser negación de lo que debe ser, lo que conducirá derechamente a su alejamiento de la sociedad a la que dice representar y, por tanto, a la pérdida de la confianza ciudadana en esa institución. Este es un desafío que, en algunos sistemas comparados, ya se está afrontando desde hace tiempo (por ejemplo, Canadá, Reino Unido, etc.); pero que aquí está lejos de tener aún soluciones mínimamente satisfactorias.

4) *Cohesión.* Para que exista una institución de función pública en el Estado Constitucional se requiere, asimismo, que tenga una cohesión interna que le dote de unos rasgos comunes que la identifiquen, y no que aparezca como un conglomerado de realidades dispares carentes de coherencia para poder definir lo que es una institución. Difícilmente se puede hablar de una institución del Estado Constitucional cuando no se dan esos elementos mínimos de cohesión (no solo social, sino también territorial) que permiten a su vez la comunicación, el trasvase y la retroalimentación continua entre sus efectivos, en los límites y en el marco definido por la Ley, así como la defensa de los valores y principios comunes del servicio público.

[1] https://www.tbs-sct.canada.ca/pol/doc-eng.aspx?id=25049

5. Las políticas de selección deben enmarcarse en una planificación estratégica de recursos humanos: la previsión de efectivos y la identificación de necesidades a corto, medio y largo plazo

La planificación estratégica de recursos humanos es uno de los mayores déficits que ofrecen nuestras Administraciones públicas (Cuenca Cervera), a pesar de haber sido incorporada al marco normativo básico tras la inicial aprobación del EBEP (con precedentes en el reglamento ingreso y provisión de la AGE). Lo cierto es que, sin una política (continua) de previsión de efectivos no se pueden cubrir cabalmente las vacantes del sector público. En efecto, a esa secular carencia se ha unido, como circunstancia agravante, una pésima política de previsión de efectivos y de cobertura de vacantes en las Administraciones Públicas.

Los sistemas de gestión de vacantes por su trazado normativo y procedimental están obsoletos y dan muestras evidentes de agotamiento. Por lo común, no son sistemas ágiles y continuos, sustituyendo su funcionamiento por un recurso generalizado a las excepciones (interinidades o comisiones de servicio), y no fomentando la regla (procedimientos ordinarios de selección y provisión) que debieran ordenar una adecuada cobertura de las plazas y de los puestos en el momento en que quedan vacantes. La agilidad en la cobertura de vacantes no existe. La maquinaria de gestión está hipotecada por un funcionamiento ineficiente y burocratizado hasta la extenuación. No hay, en verdad, unidades de gestión de recursos humanos en el sector público, pues habitualmente son centros gestores de anomalías. La planificación estratégica es un instrumento que apenas se practica. Y ello es particularmente grave en un contexto de innumerables jubilaciones en masa (con la correspondiente pérdida de conocimiento y destrezas), en el que el relevo generacional debería ser la pauta de un sistema planificado de gestión de vacantes (Gorriti, 2019).

6. El cierre temporal de la selección: políticas de ajuste presupuestario y restricciones en la oferta de empleo público (paralización de las convocatorias de plazas), con el consiguiente incremento de la temporalidad. La pandemia agravó el problema

La selección de empleados públicos ha estado cerrada (casi) herméticamente en los últimos diez años como consecuencia de la crisis fiscal y de las políticas de contención presupuestaria, así como por las secuelas de la pandemia. De hecho, se puede afirmar que las leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado han actuado como marco normativo regulador y claramente limitador del empleo público, desplazando a las Leyes que regulaban esta materia (TREBEP y leyes autonómicas de empleo público). Y ese marco presupuestario excepcional ha abusado hasta la

saciedad de la noción de "tasa de reposición de efectivos", un factor perturbador de las políticas de selección (y de renovación) de efectivos anudado teóricamente a la contención del gasto público, pero que en verdad jugaba como un elemento altamente distorsionador del modelo de gestión racional y eficiente de recursos humanos en el sector público. La tasa de reposición apenas nada ahorra (es de efectos nulos en el ejercicio presupuestario sobre el que se proyecta), pues se despliega sus potenciales efectos sobre otros ejercicios presupuestarios, no sobre el que se aprueba. Por tanto, no supone rebaja alguna del déficit público en el ejercicio en que se aprueba. La política de recursos humanos del sector público no se puede hacer solo, como se ha venido haciendo, con las leyes anuales de presupuestos. Es una mirada corta y pasa amplia factura.

Esas medidas de restricción presupuestaria, unidas a una incapacidad política y gestora clamorosa en lo que a desarrollar procesos selectivos periódicos comporta, fueron generando unas bolsas ingentes de personal temporal en algunas administraciones públicas (por lo común, las más ineficientes; que son buena parte de las administraciones autonómicas y locales, con muy puntuales excepciones), lo que dio como resultado adoptar medidas propias del populismo funcionarial/sindical más grosero, que se manifestaron en la aprobación de una polémica ley (la Ley 20/2021) que ninguna fuerza política con legitimación bastante impugnó ante el Tribunal Constitucional (aunque con la conformación actual del alto órgano constitucional de nada hubiera servido, pues buena parte de sus miembros son de estricta observancia política). En cualquier caso, la pandemia agravó el problema de la temporalidad en el sector público y aceleró la adopción de medidas excepcionales (que afectan casi a un tercio del total del empleo público en España; entre un 25 y un 30 por ciento), por medio de las cuales se están "estabilizando" centenares de miles de funcionarios y laborales sin pruebas selectivas efectivas o realizando una mera pantomima de tales procesos. Se ha vuelto así, al viejo sistema de patronazgo, tal como existía antaño, en cuanto que se ingresaba en la Administración por el favor o el apoyo (en este caso, legal-institucional) y que, a diferencia del *spoils system* o de las propias cesantías hispánicas (que cuando cambiaba el gobierno los funcionarios cesaban), en esta nueva modalidad de "estabilización", se quedan para toda la vida insertados en las plantillas, aunque no pocos accedieron a sus puestos de interinidad por medios espurios y algunos por medio del favor político o la amistad, cuando no del nepotismo más infame.

7. La obsolescencia "sobrevenida" de la Oferta de Empleo Público como instrumento de planificación de las necesidades de recursos humanos y de la convocatoria de plazas

La planificación de los procesos de selección en el empleo público sigue descansando, además, sobre un instrumento "analógico", lento hasta la exasperación y

escasamente funcional. Las Ofertas de Empleo Público son, efectivamente, instrumentos de otra época, que tuvieron su sentido allá por la década de los ochenta del siglo pasado, pero que casan mal con el mundo digital y con la instantaneidad y la transparencia, pero sobre todo con las necesidades inmediatas que tienen las Administraciones públicas de atender las prestaciones y servicios. En realidad, esas ofertas actualmente no aportan ningún valor añadido. Deberían sustituirse por sistemas ágiles y flexibles de anuncio de vacantes de forma continua y de cobertura inmediata, siempre que existieran disponibilidades presupuestarias.

Las convocatorias anudadas a la Oferta pueden prolongarse en su ejecución inicial, no definitiva, hasta tres años, como marca el TREBEP (artículo 71). En ese caso, los procesos de cobertura estructural de vacantes, desde la oferta de las plazas, pueden llegar a durar cinco o más años[2]. Eso es una eternidad en estos momentos (piénsese cómo selecciona el sector privado) y alimenta más aún la interinidad (pues un puesto de trabajo, siempre que sea necesario, no puede estar vacante tan largo período de tiempo si la oferta tarda en ejecutarse). Hay que caminar a procesos selectivos muchos más cortos en su ejecución desde el anuncio de la vacante (tres meses o un máximo de seis). El sistema de gestión de selección de personal no puede estar dormido largos períodos de tiempo y despertarse abruptamente en momentos críticos donde se somete a la organización a un estrés de funcionamiento insostenible y con resultados siempre más que discutibles. La selección y provisión deben ser herramientas de gestión utilizadas continuamente, no de modo instantáneo o cíclico.

8. Un modelo continuista en el marco regulador de la selección en el Estatuto Básico del Empleado Público

Así como el EBEP en 2007 planteaba una serie de ejes de transformación del modelo de función pública, tales como fueron la evaluación del desempeño, la carrera profesional, la dirección pública profesional y la apuesta por los valores públicos de la institución (código ético y de conducta), todos ellos por cierto mal aplicados o sencillamente inaplicados durante los más de dieciséis años de vigencia de la norma básica; en materia de selección, el actual TREBP no introdujo cambios sustantivos en el modelo legal hasta entonces existentes. En 2007 ya se recogían un conjunto de principios que parecían reforzar una gestión selectiva más ágil, transparente y eficiente (artículo 55 TREBEP)[3]; pero no se llegó a concreción alguna por el alto

[2] Ver al respecto el Real Decreto-ley 6/2023, que en su Libro Segundo, artículo 108.2 establece, solo aplicable, en principio, a la AGE, lo siguiente: "Las convocatorias deberán ejecutarse en el plazo máximo de dos años desde su publicación, y las respectivas fases de oposición en un año, salvo causa justificada".

[3] Ver artículo 112. f) del Real Decreto-ley 6/2023, donde se incluye, solo aplicable a la AGE, un principio nuevo: "La promoción de la igualdad de acceso con independencia de la situación socioeconómica de las personas aspirantes".

carácter dispositivo de la norma básica, que dejaba en manos del legislador de desarrollo la concreción del modelo (Castillo Blanco, 2008; una crítica a esa naturaleza en Nieto García, 2008). La opción general ha sido, por lo común, mantener la misma incertidumbre, y dar pocos pasos en el diseño de nuevos modelos selectivos, que se dejan al desarrollo reglamentario y a las propias bases de convocatoria de los diferentes procesos, donde las capacidades de innovación están muy ausentes.

En realidad, el TREBEP optó por incluir una suerte de "caja de herramientas" de libre configuración para que los gestores utilizaran aquellas más convenientes en cada caso. Eso fue así, con limitaciones, por lo que respecta a los procedimientos selectivos, que se reiteran los de factura clásica (oposición, concurso-oposición y concurso), con modulaciones puntuales en el caso del personal funcionario y del laboral. Más margen de configuración parecía ofrecerse en lo que a la configuración del proceso respectivo respecta; por ejemplo, con el tipo de pruebas y el diseño de programas o contenidos a medir en tales procesos. En verdad, a pesar de esas posibilidades potenciales, la inmensa mayoría de las Administraciones Públicas siguen impregnadas en sus políticas y en su gestión selectiva de un rancio continuismo, en el que apenas aparece margen alguno a la innovación[4]. Se puede afirmar que la función pública en materia de selección se ha acomodado a las respuestas tradicionales, inadaptadas a todas luces para dar respuesta a los problemas actuales y menos aún a las necesidades futuras, entrando en una suerte de *pereza institucional*, que sigue demostrando una y otra vez que la máxima de funcionamiento de nuestras administraciones públicas es seguir haciendo las cosas *como se han hecho siempre.*

9. El modelo institucional de la selección es propio del siglo XX y alejado de las necesidades actuales de la sociedad

Además de las limitaciones obvias del marco normativo básico y de la regulación de desarrollo en materia de selección, otro problema adicional se suma al anterior, y no es otro que el modelo institucional de selección está anclado en formas y procedimientos propios del siglo XX, sin que se haya cambiado un ápice (salvo en algunos casos) tal diseño. Se puede afirmar, por tanto, que el modelo institucional de selección está claramente obsoleto, tanto por lo que respecta a sus estructuras y procedimientos de acceso, como por lo que implica la existencia de fuertes resistencias corporativas y sindicales (en algunos casos numantinas) al cambio. Ello se advierte con claridad meridiana en el propio procedimiento formalizado, desde las bases de

[4] Cuando este trabajo estaba en proceso de corrección de pruebas, ha sido sometido a información pública el proyecto de Decreto por el que se regula la planificación y la ordenación del empleo público, y el ingreso, promoción interna y provisión de puestos de trabajo de la Administración General de la Junta de Andalucía. A él nos referiremos en los sucesivo como proyecto de Decreto de la Junta sobre selección, materia que se regula extensamente en el título II. Para calibrar hasta qué punto esa futura regulación innova algunos aspectos en selección, habría que llevar a cabo un análisis que ahora no puede hacerse.

convocatoria (que algunas de ellas se eternizan en el tiempo) hasta los propios temarios (en no pocas ocasiones poco elaborados y que acumulan retoques desordenados para incluir sin coherencia ni sentido "materias nuevas" enlatadas en trajes viejos), pasando por la configuración de los órganos de selección, tradicionalmente configurados como órganos que se componen de funcionarios amateurs en temas de selección de personal, que aprenden con la experiencia y que tienen sus propios e intransferibles criterios de discrecionalidad técnica.

Particular atención requiere el modelo institucional de selección por lo que afecta al órgano o entidad encargado de llevar a cabo tales procesos. A imagen y semejanza del modelo AGE, se ha impuesto un isomorfismo institucional que ha pretendido reproducir, con todas las limitaciones y problemas que su aplicación autonómica respecta, el modelo INAP[5], creando a tal efecto en todas y cada una de las Comunidades Autónomas escuelas o institutos de Administración Pública que, por lo común, llevan a cabo la formación de funcionarios, pero también (no en todos los casos, sin embargo) la selección del personal al servicio de la Administración autonómica y colaboran, en su caso, con los procesos selectivos locales. Este modelo institucional, como ya expuse en otro lugar, es propio de la reforma administrativa de mediados del siglo XX; de la que ya han pasado casi setenta y cinco años desde entonces, mostrando el sistema una fuerte inadaptación para hacer frente a los nuevos desafíos.

Salvo en algunos casos puntuales y en ámbitos muy específicos, la selección de personal no es precisamente una materia en la que tales escuelas e institutos de administración pública hayan innovado nada. Es más, tras los innumerables procesos de estabilización del personal temporal que están gestionando tales centros autonómicos o los propios servicios de función pública de la Comunidades Autónomas, se puede afirmar sin riesgo a equivocarse que lo que se ha producido es más bien una *involución* hacia el arraigo de las tendencias patológicas decimonónicas en materia de acceso al empleo público, empeorando cualitativamente el estado de la cuestión; algo que tendrá difícil corrección, una vez que tales prácticas patológicas se hayan insertado con tanta fuerza en el funcionamiento de los procesos "selectivos" de acceso al empleo público: reducción drástica de los contenidos de los temarios; realización exclusiva de exámenes test; ablandamiento de las exigencias ("aprobados casi generales"), etc.

[5] La disposición adicional decimotercera del Real Decreto-ley 6/2023, autoriza la transformación del INAP en Agencia, en los términos establecidos en el artículo 87.3 de la Ley 40/2015.

10. Las tímidas propuestas de innovación de los procesos selectivos impulsadas desde distintos ámbitos han tenido una aplicación tibia o simplemente han quedado paralizadas

Lo cierto es que en los últimos años los avances normativos autonómicos han sido prácticamente irrelevantes en este punto. Como excepción, la Administración General del Estado, que aún sigue siendo el nivel administrativo en el que la oposición libre sigue teniendo un mayor protagonismo, frente a su práctica desaparición en otros niveles territoriales, difundió en mayo de 2021 un proceso de reflexión de notable interés que se cristalizó en un importante documento enunciado *Orientaciones para el cambio en materia de selección*. En el se contenía un buen diagnóstico del problema, donde destacaba el enorme cambio generacional que debía sufrir la AGE en los próximos años, la necesidad de captar nuevos perfiles profesionales, el impulso de las políticas de reclutamiento a la hora de mostrar los atractivos que tiene la función pública como salida profesional para captar talento y, en fin, entre otras muchas cuestiones, se trataba del reto de la digitalización y de la necesidad, en suma, de *repensar la selección*[6]. Pero fue a la hora de comunicar las propuestas de reforma cuando el proyecto embarrancó, tal vez por una mala política de comunicación, que puso demasiado hincapié en la supresión de las pruebas memorísticas que, hoy en día, conforman el ADN de los procesos selectivos de los cuerpos de élite de la AGE. La contestación corporativa fue inminente y probablemente desproporcionada. De hecho, tales propuestas han quedado sin aplicación hasta la fecha.

Otra experiencia de interés, en este caso con alguna realización práctica, fue la impulsada por la Generalitat valenciana, también en 2021, a través de las propuestas realizadas por un grupo de expertos dirigidos por el profesor Sánchez Morón. Este grupo dio a la luz un documento titulado *Informe del grupo de trabajo de estudio y propuesta de medidas para la innovación en los procesos de selección de personal al servicio de la Generalitat.* Se trata de un documento solvente en términos profesionales, con un análisis de datos relevantes y distintas propuestas. La innovación de mayor calado es la inclusión en las pruebas de acceso al subgrupo A1, preferentemente, de un sistema de selección-prácticas-formación que se articula en torno a una primera prueba selectiva de batería de test (de conocimiento y prácticos), la realización de un período de prácticas y de formación tutelado/evaluado de seis meses de duración, y la finalización con una prueba final de conocimientos y destrezas que supone, caso de superarla, el nombramiento como funcionario de carrera. Se ha llevado a cabo algún proceso, con desajustes puntuales (propios de cualquier experiencia de este tipo), pero difícilmente

[6] Sobre ello, con carácter previo, la *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas* editó en abierto, con importantes contribuciones, el número especial sobre Procesos selectivos ("Repensar la selección"): https://www.ivap.euskadi.eus/numero-especial-2-procesos-selectivos/z16-a3rvop/es/

tendrá continuidad, puesto que con el cambio de gobierno acaecido en la Generalitat valenciana es más que probable, como siempre pasa en este país, que esa innovación selectiva se arrumbe.

III. DESAFÍOS INMEDIATOS DE LA SELECCIÓN DE PERSONAL EN EL SECTOR PÚBLICO

1. El mito de la atracción y captación del talento por el sector público

Uno de los primeros retos a los que se enfrenta el sector público en esta materia, partiendo de la premisa del inevitable y profundo relevo generacional que ya se está produciendo en las administraciones públicas, es, sin duda, la necesidad imperiosa de captar talento y, por tanto, atraerlo hacia las actividades profesionales de la función pública, en competencia lógicamente con el sector privado; aunque también en dura competencia con la densa nómina existente en España de organizaciones y entidades públicas que también tienen ese mismo objetivo.

Si bien es cierto que, en principio, el sector público puede competir con ciertas ventajas de salida con el sector privado, particularmente por razones de estabilidad laboral y de conciliación entre la vida personal y profesional, así como en condiciones retributivas (en las zonas media/baja de los empleos únicamente), no lo es menos que esas aparentes ventajas no están significando la atracción del talento joven, que por un sinfín de causas muchas veces prefiere el sector privado, generalmente más dinámico e innovador, a unas administraciones públicas configuradas aún de forma obsoleta y cuyos procesos selectivos (los que tienen mínima seriedad) son engorrosos, lentos, complejos, memorísticos, y requieren un amplio espacio temporal y la posibilidad de recursos económicos para prepararlos con mínimas garantías de éxito.

El resultado es que, salvo para algunos cuerpos de élite de la AGE, el talento joven no se está canalizando hacia el sector público, que corre el riesgo de ser invadido por perfiles de mediocridad notable o absoluta, según los casos, como consecuencia de las bajas exigencias de entrada y, en particular, por el solapamiento temporal (al menos, durante varios años) del relevo generacional con la plétora de los procesos de estabilización, cuyos restos (esto es, las personas que no han obtenido plaza, pero sí superado un proceso selectivo blando) conformarán las *bolsas de trabajo* que nutrirán al sector público en los próximos años. Con la excepción de la Administración General del Estado y de algunas administraciones territoriales (por ejemplo, en la función pública valenciana se exige que el 50 por ciento de las plazas convocadas sea por oposición libre), en una buena parte del sector público español el acceso durante los próximos años se producirá por medio de nombramientos interinos derivados de

las bolsas y por su ulterior funcionarización por procesos blandos de acceso. Así las cosas, captar talento por estos medios es casi una casualidad, que se puede dar, pero también no hacerlo.

Si el talento senior de la organización sale como consecuencia de los profundos procesos de jubilación en marcha, teniendo en cuenta el envejecimiento de las plantillas que hoy en día conforman el sector público, y el talento joven no tiene canales adecuados para ser captado, el horizonte de buena parte de las Administraciones Públicas españolas, en lo que afecta a la profesionalización de sus plantillas, se torna un tanto complejo a corto o medio plazo.

Por mucho que se emplee la retórica habitual, tanto en las leyes como en los discursos políticos, de que la captación y retención del talento es uno de los ejes actuales de las políticas de recursos humanos en el sector público, los hechos están contradiciendo un día sí y otro también tan sugestiva propuesta. El talento no llega a la Administración, ni tampoco en su zona alta, donde la politización de las estructuras es la norma y la profesionalización su excepción. Hasta que no se implante la dirección pública profesional y se limite muchísimo la libre designación en los niveles directivos y de la alta función pública, poco recorrido efectivo hay hacia esa atracción de talento. Con semejantes mimbres, resulta muy complejo que la función pública española como institución de fortalezca. La función pública, por definición, es una institución que debe huir de la mediocridad y captar a los mejores; y esto es una idea estructural que está perdiendo fuerza en los últimos años. Da la impresión de que quienes se acercan a la función pública buscan ingresar en una suerte de zona de confort, que les permita una vida cómoda y ajena, por lo demás, a un mundo de tensiones que se pretende evitar.

2. El desarrollo de unas organizaciones públicas inteligentes que generen un ecosistema profesional

Si, como estamos viendo, las organizaciones públicas presentan un claro cuadro de inadaptación notable a los desafíos presentes, también en lo que a los procesos selectivos respecta, con diseños periclitados, escasa planificación estratégica y reiteración de pautas tradicionales, una primera conclusión parece bien obvia: las Administraciones Públicas tienen una escasa capacidad de resiliencia en lo que a la adaptación al nuevo marco de necesidades comporta. De hecho, muchas de ellas se comportan como "organizaciones estúpidas" (por utilizar la terminología del filósofo José Antonio Marina), y no como organizaciones inteligentes. A todo ello se une la condición cada vez más vicarial de la función pública frente a la política, en la que los niveles estructurales más elevados de la Administración, donde las capacidades estratégicas y de decisión son más obvias, están cubiertos en su práctica totalidad por criterios de libre nombramiento político o de libre designación, en los que la dis-

crecionalidad política se apoya casi en exclusiva en la confianza, saliendo fuera, por tanto, tales niveles de responsabilidad de la carrera profesional de la función pública, y entrando de lleno en la cobertura política o personal. Con ese contexto, desarrollar talento, "de quita y pon", añade muy poco valor a las organizaciones, poco más allá que el libremente nombrado o designado, si realmente tiene tal talento (que no es lo habitual), ejercerá temporalmente sus funciones y, una vez cesado, el pretendido talento público se difuminará, y con él sus propios proyectos.

3. Organizaciones por proyectos e impactos de la revolución tecnológica sobre los perfiles funcionariales

Unas organizaciones públicas construidas sobre bases departamentales, como una suerte de compartimentos estanco y con escasos medios de interacción, son el sustrato de una función pública también organizada sobre la perspectiva divisional, donde la especialización es sectorial y hay muy poca transversalidad (salvo en unidades horizontales). Sin embargo, la polivalencia funcional debería ser uno de los grandes retos del futuro inmediato del sector público, a lo que se debería añadir una visión transversal y la capacidad de trabajar en equipos multidisciplinares y de varios departamentos o áreas que desarrollen su actividad a través de proyectos, misiones o programas (Mazzucato, 2021). También esta variable tiene que ser tenida en cuenta en los procesos selectivos e, incluso, crear procesos selectivos específicos en los que la experiencia curricular a través de entrevistas conductuales estructuradas sea el medio más efectivo de incorporación de talento a esos proyectos transversales por los que girará la política y la gestión en las próximas décadas. Alguna huella, muy tibia, se está dando en el marco normativo vigente (Ley 4/2022, de Extremadura, que regula la Gobernanza por proyectos; y algún reflejo puntual existe también en leyes de función pública como la andaluza, que luego se analiza).

La selección de funcionarios debe adaptarse, además, a la exigencia de nuevos perfiles que deben ser incorporados al sector público con toda diligencia. Estamos hablando de perfiles que tienen que ver, por ejemplo, con la disrupción tecnológica ya existente, pero también con los retos del cambio climático o de la cohesión social. Las estructuras funcionariales y de puestos de trabajo no se han adaptado a esas transformaciones, tampoco a las derivadas de la evolución acelerada de los sistemas educativos. La irrupción de las tecnologías disruptivas y el desarrollo cada vez más intenso de la digitalización introduce retos inmensos también a la hora de llevar a cabo los procesos selectivos; pero, previamente, requiere repensar profundamente muchos de los perfiles funcionales y de las tareas de los puestos de trabajo actualmente existentes en las Administraciones Públicas. Sin estas premisas, la redefinición funcional y de tareas de los puestos de trabajo o de los cuerpos y escalas, es prácticamente impensable tener éxito en el diseño y gestión de los procesos selectivos.

4. El refuerzo de las capacidades administrativas de la función pública depende directamente de la mejora de los procesos selectivos

En otro lugar, y con la atención debida (Jiménez Asensio, 2023), hemos analizado el déficit de capacidades administrativas que hoy en día muestran las administraciones autonómicas, algunas de las cuales proceden precisamente de un mal diseño y ejecución de los procesos selectivos para el acceso a la función pública. Los argumentos utilizados en ese trabajo se pueden reproducir, en parte, para las administraciones locales, y con muchos más matices (por su propia singularidad) para la Administración General del Estado.

No cabe duda, por tanto, que un refuerzo de las capacidades administrativas de la función pública debe partir necesariamente por un fortalecimiento del momento selectivo, partiendo de una mejora de las herramientas estratégicas, un enfoque correcto e innovador del diseño de los procesos selectivos y, en fin, una gestión bajo parámetros de efectividad, también de fiabilidad y validez, en la selección de empleados públicos. Por consiguiente, cualquier mejora sustantiva que se haga en los procesos selectivos debería tener impactos favorables sobre el refuerzo de las capacidades administrativas de la organización.

En efecto, como ya ha sido expuesto, la mayor parte de las administraciones públicas españolas parte en estos momentos de unos estándares muy bajos en lo que a capacidades administrativas de su función pública se refiere; es cierto que hay diferencias, también lo es que el personal funcionario que lleva tiempo prestando servicios ofrece, como es lógico, capacidades superiores que las que acredita el personal novel o recién incorporado, aunque en este último hay que diferenciar entre quien accede superando un proceso selectivo riguroso (cuyas capacidades administrativas son potencialmente superiores) y de quien lo hace a través de un proceso blando o con un acceso sin apenas exigencias (en el que, salvo una formación intensiva, sus prestaciones serán muy bajas).

La profesionalidad y la imparcialidad de la función pública solo mejorarán si los procesos selectivos son cada vez más exigentes y salvaguardan, en todo caso, la libre concurrencia, la igualdad, el mérito y la capacidad. El deterioro de estos principios, como cada día estamos viendo, arruinan la institucionalidad de la función pública y la convierten en un eslabón débil cada día más dependiente de la política.

5. Apostar por una planificación estratégica de recursos humanos, una previsión de efectivos y una ágil y efectiva gestión de los procesos selectivos

El descuido, desdén o desinterés, que de todo hay, que hasta la fecha han tenido las administraciones públicas hacia la planificación estratégica de recursos humanos

está teniendo consecuencias letales a la hora de afrontar los desafíos ya inmediatos que se están produciendo en la gestión de personas en el sector público. Valga como mal ejemplo la pésima conducción de la política de relevo generacional en el empleo público que está teniendo lugar en la práctica totalidad de las Administraciones Públicas.

En este último caso la incapacidad planificadora ha sido manifiesta, pues se sabía desde hace años (o, al menos, había datos que así lo avalaban) que a partir de 2020 se iban a jubilar en masa los funcionarios públicos que ingresaron en la década de los ochenta y noventa del siglo pasado, dejando en diez/quince años las nóminas de la Administración necesitadas de repuesto. Aun teniendo esos datos, que se tenían, otra cosa es que se analizaran adecuadamente, hemos ido comprobando cómo la salida de decenas de miles de funcionarios se producía sin que la organización se hubiera preparado para el desembarco de las nuevas incorporaciones. No se previó nada en relación a qué puestos eran necesarios y cuáles prescindibles (amortizables o de necesaria reconversión en sus funciones y tareas), tampoco se diseñó nada sobre los nuevos perfiles necesarios a cubrir en las Administraciones del futuro, la transferencia o gestión del conocimiento apenas si se ha transitado en muy pocos casos, y, en fin, no ha habido ningún cambio sustantivo en el modelo institucional y de gestión de los procesos selectivos para hacer frente a esa avalancha de necesidades.

En selección, efectivamente, todo sigue igual, y además con unas Administraciones adormecidas por años de inacción selectiva durante el largo período de crisis fiscal y el tiempo de pandemia, se pretende que una inactiva maquinaria selectiva se ponga a pleno rendimiento, más aún cuando se cruza el tsunami de la estabilización. En ese complejo contexto poco se puede hacer, más allá de sobrevivir y no morir en el intento.

6. Relevo generacional como test de estrés de las Administraciones Públicas en el largo proceso de reposición de efectivos durante los próximos años

Y, en efecto, sin una batería de instrumentos nuevos de gestión y una correcta previsión de efectivos nada de lo dicho tiene recorrido alguno. Si no hay planificación estratégica, la previsión de efectivos se lleva a cabo con los instrumentos ordinarios de gestión, cuya utilización está contaminada por unas prácticas viciadas en el tiempo (ofertas, convocatorias, procedimientos), y en nada se innova, cuando en este contexto de altísimo estrés organizativo y de gestión (la necesaria cobertura de miles o decenas de miles de puestos de trabajo, mezclada con los turbios procesos de estabilización) la introducción de modelos creativos o que den respuesta a nuevas necesidades era una obligación para afrontar unos resultados mínimamente aceptables en vorágine de procesos selectivos que inevitablemente se abre. No cabe olvidar

que las jubilaciones en masa que ya se están produciendo tendrán en su mayor parte el clímax de relevo entre los años 2025 y 2030 (aunque estos datos variarán según administraciones públicas y sus estructuras de plantilla).

Además, hacer frente a tales exigencias derivadas del relevo generacional conlleva rediseñar los procesos selectivos, hacerlos más ágiles y efectivos (ejecutados en mucho menor tiempo y con todas las garantías), redefinir temarios (o introducir nuevos conceptos: áreas de conocimiento y destrezas) y, asimismo, reconfigurar los órganos de selección, entre otras muchas cosas. Al fin y a la postre se trata de introducir gradualmente, y de forma sostenida, prácticas de innovación en el diseño y gestión de las políticas selectivas. Otra cosa es que estas vengan condicionadas por el marco normativo vigente o, lo que es más difícil incluso de superar, por pautas culturales o comportamientos sociales arraigados desde tiempos inmemoriales en el funcionamiento institucional. Sin olvidar nunca las dificultades muchas veces exageradamente formales que ponen los tribunales de justicia a tales cambios o innovaciones.

Hasta ahora, efectivamente, los retos del relevo generacional en el sector público se están abordando, por lo común, de forma muy poco efectiva, y sin apenas coraje alguno. Además, no se está siguiendo el trazado de una planificación estratégica ni tampoco de una correcta previsión de efectivos, adaptando de forma muy lenta las exigencias derivadas de los nuevos perfiles de competencias necesarios en un buen número de puestos de trabajo existentes o de nueva creación. Este retraso en el impulso inevitable de una política de relevo generacional en el sector público, está provocando problemas acumulados –algunos de ellos incrementados durante el largo período de pandemia en el que estas políticas estuvieron en situación de impasse- que tendrán difícil solución a corto plazo, acumulando situaciones de alto estrés organizativo y precipitando la renovación generacional mediante pautas selectivas poco apropiadas que generarán, a no dudarlo, un déficit en las competencias administrativas y una peor calidad en la prestación de los servicios públicos. Al analizar el marco regulador andaluz podremos entrar en cuáles están siendo las respuestas autonómicas a este problema (ver, por ejemplo, disposición adicional vigésima séptima de la Ley 5/2023, de 7 de junio, de la Función Pública de Andalucía).

7. Los procesos selectivos en la función pública deben promover que la sociedad real se refleje en las estructuras de personal al servicio de las administraciones públicas, mediante políticas de cohesión e integración de la diversidad

Se trata, sin duda, de uno de los problemas peor atendidos por el marco regulatorio básico y de desarrollo de la función pública en España, al margen del impulso de medidas normativas y aplicativas en materia de igualdad de género. Lo cierto es que las estructuras de personal de las Administraciones Públicas reflejan mal el peso

territorial y social que el país o la entidad deberían tener en lo que a la estructura de su personal se refiere.

La gestión de la diversidad, también en materia selectiva, es una de las propuestas que se han incluido en el documento de la Administración General del Estado *Orientaciones para el cambio en materia de selección* antes citado. Sin embargo, los avances en este terreno, por lo demás nunca fáciles, son muy escasos, limitándose a promover en algunas oposiciones becas para la preparación de tales procesos, medidas que se envenenan de raíz por la proliferación en España de la disfuncional figura de los preparadores, o la proliferación de academias privadas. La desigualdad en cuanto a las oportunidades de acceso no es fácil de resolver, y el mercado de preparación de oposiciones (sobre todo en los cuerpos superiores de la Administración), al no estar institucionalizado, es de una opacidad manifiesta, funcionando por doquier las aportaciones económicas *en negro*, y no existiendo entre nosotros un modelo institucional administrativo, universitario o mixto (fundaciones), que lleve a cabo tales tareas al margen de la capacidad económica de las familias y priorizando los resultados académicos de los candidatos, independientemente de su condición social.

Hay modelos comparados en los cuales detenerse (por ejemplo, Francia), pero también hay formas de medir las capacidades que no estén siempre condicionadas por una preparación de estos procesos que se prolonga durante varios años, y en los que es difícil –cuando no imposible- que familias con pocos recursos puedan sostener durante ese período de tiempo a los candidatos a unos procesos selectivos exigentes. Pero lo cierto es que la extracción social de los cuerpos de élite de las Administraciones Públicas sigue estando marcada en buena medida por la procedencia territorial localizada de buena parte de los candidatos (la AGE tiene una presencia sobredimensionada de candidatos de unas determinadas Comunidades Autónomas, mientras que hay un déficit marcadísimo de los procedentes de otras, particularmente, y no es un dato menor, de Cataluña y del País Vasco).

8. Repensar la selección en la función pública. Algunos pasos

Como ya se ha expuesto, en 2018, un número monográfico de la Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas, se dedicó íntegramente a este objeto: *Repensar la selección de empleados públicos*. Allí se diagnosticaron muchos de los déficits aquí recogidos y bastantes más que no han sido citados, se identificaron asimismo retos de futuro pendientes y, en fin, se propusieron medidas de mejora. En verdad, desde entonces muy poco o nada se ha hecho, salvo los dos documentos antes citados, de la AGE y de la Generalitat Valenciana, y algunos marcos regulatorios que han ido introduciendo medidas muy tibias en los tradicionales y convencionales procedimientos selectivos de la función pública.

Evidentemente, no se trata en estos momentos de reiterar lo expuesto, pero al menos una batería de medidas se deberían valorar para poner, en su caso, en circulación; y ensayar, así, desde los distintos niveles de gobierno y en sus respetivas Administraciones Públicas. Entre estas medidas, podríamos recoger al menos las siguientes:

1) Es importante apostar por diseños institucionales de Agencias especializadas de Selección del personal al servicio de las Administraciones Públicas, con un estatuto de independencia del ejecutivo y de autonomía funcional, sin perjuicio de su exclusiva dependencia presupuestaria. Estas agencias, ya existentes en otros marcos comparados, con diferentes concepciones y modelos, deben llevar todo el peso técnico y de gestión de los procesos selectivos, alejando de esas tareas a las estructuras burocrático-administrativas de las Administraciones Públicas y prestando servicios a todas ellas.

2) Cabría redefinir el modelo institucional del proceso de selección desde la propia Oferta de Empleo Público hasta la gestión de los procesos, pasando –como ya se ha dicho en el punto anterior- por rediseñar la arquitectura institucional de las entidades encargadas de ejecutar estas políticas (escuelas o institutos de administración).

3) Resulta necesario invertir en planificación estratégica de la estructura de la función pública (perfiles de puestos de trabajo y perfiles de competencias en el acceso a cuerpos y escalas), redefiniendo las necesidades inmediatas y mediatas, así como llevando a cabo una estrategia planificada de vacantes (Gorriti, 2019) para hacer frente al largo y profundo proceso de relevo generacional.

4) Se deben promover, asimismo, políticas que fomenten la diversidad y la cohesión territorial en la función pública, para lo cual la selección es el momento adecuado al efecto de poder incorporar tales personas en la estructura. También debe exigirse que todos los funcionarios al menos de los grupos de clasificación A y B acrediten conocimientos de inglés al menos como mínimo correspondientes al B2 o C1, según los casos.

5) Las Administraciones Públicas tienen que ser espacios de trabajo profesional atractivos para captar talento, lo que exige llevar a cabo políticas activas de reclutamiento que estimulen la incorporación de jóvenes graduados o titulados que quieran desarrollar su vida profesional en el sector público.

6) Lo anterior implica repensar los procedimientos selectivos, reforzar la igualdad en tales procesos y salvaguardar la fiabilidad y validez de los mismos, tanto en lo que afecta a contenidos como en lo que respecta a los períodos de ejecución (tiempo), optando por articular sistemas de selección exigentes que midan conocimientos, pero también destrezas y, en particular aptitudes y actitudes, lo que implica introducir gradualmente un nuevo modelo de pruebas selectivas.

7) Asimismo, ello comporta reorientar el papel de los órganos de selección caminando hacia una mayor profesionalización y, en la medida de lo posible, una dedicación completa durante el proceso selectivo a tales tareas por parte de los funcionarios que formen parte de tales órganos, elaborando códigos de conducta y protocolos de selección.

8) Se requiere, por tanto, adoptar un *plan de choque* en cada administración pública que afronte, tras un correcto diagnóstico de las necesidades de cada organización, un conjunto de medidas dirigidas a reforzar la selección de personal en clave de valorar el saber especializado (mediante un retorno al principio de mérito), el impulso de los valores de servicio público de los candidatos (compromiso y orientación hacia el servicio público) y, en fin, garantizar la profesionalización e imparcialidad (neutralidad) de todos aquellos funcionarios que ingresen en el servicio público, ofertándoles asimismo unas condiciones adecuadas de ejercicio de sus funciones y unas expectativas de carrera profesional identificables.

IV. LÍNEAS FUERZA DE LA SELECCIÓN DE PERSONAL EN LA LEY 5/2023, DE 7 DE JUNIO, DE FUNCIÓN PÚBLICA DE ANDALUCÍA

1. Introducción

Una vez expuesto el marco institucional general, que condiciona sin duda el marco regulatorio de desarrollo y las políticas de selección en la función pública, con atención especial a los retos que se presentan en esta materia en los próximos tiempos y a sus posibles soluciones, disponemos ya de un cuadro del problema lo suficientemente rico como para abordar cuáles son las líneas maestras o las ideas fuerza que alimentan o condicionan, según los casos, la regulación de la selección de personal en la citada Ley.

No es nuestra intención llevar a cabo una exégesis detallada de las previsiones normativas en esta materia, pues este artículo no es un comentario legislativo, sino

que pretende adoptar un enfoque institucional de la selección, intentando identificar cuáles son los puntos fuertes de la regulación, pero asimismo poniendo de relieve cuáles pueden ser calificados como puntos débiles, o si se quiere necesitados de una mejora reglamentaria o de una aplicación práctica que pueda dar respuesta a las innumerables y ricas cuestiones que se abren en este tema[7].

Vaya por delante que, si bien la ley andaluza tiene puntos fuertes considerables o elementos de innovación normativa, por ejemplo, en el caso (aunque con matices) de la regulación de la dirección pública profesional, así como en otros aspectos puntuales (diseño organizativo contingente a través de proyectos; carrera profesional y evaluación del desempeño, aunque se dejan a la concreción reglamentaria sus detalles), en lo que afecta al objeto de este trabajo (la selección) cabe subrayar que, siguiendo la tónica continuista del TREBEP, el modelo pergeñado por el legislador andaluz es más bien continuista y escasamente innovador; lo que es una muestra más de las resistencias culturales, corporativas y sindicales, que esta materia despierta, nunca fácil de abordar en un país como España. Aún así, hay algunas innovaciones puntuales que serán destacadas en su momento.

Por consiguiente, el análisis de estas líneas fuerza se llevará a cabo a través de un enfoque sistemático y temático de aquellas cuestiones que la Ley de Función Pública de Andalucía (por cierto, que pone el foco acertadamente en la institución de "función pública" y no del "empleo público", como producto bastardo que ha terminado por contaminarse de un fuerte influjo laboral) que tiene por objeto de forma directa o indirecta la selección de personal, o que, en todo caso, muestran una estrecha conexión material con este objeto. Veamos.

2. La selección de funcionarios en la exposición de motivos de la Ley

La selección de funcionarios o del personal al servicio de las Administraciones Públicas andaluzas (con las precisiones que se harán para el mundo local) es objeto de un tratamiento más bien adjetivo en el preámbulo de la ley. Se puede afirmar que tan solo en tres momentos de tal exposición de motivos se hace referencia directa o indirecta a la selección de personal: el primero es cuando se definen los objetivos de la ley; el segundo se produce al explicitar el contenido del título IX de la ley, cuyo objeto es la regulación del acceso al empleo público; y el tercero, en fin, al exponer la regulación de algunas disposiciones adicionales.

Por lo que afecta a la exposición de motivos, la ley establece como uno de sus objetivos prioritarios el siguiente: "Atraer, desarrollar y retener el talento humano,

[7] Ver al respecto el proyecto de Decreto sobre selección de la Junta de Andalucía sometido a información pública y citado anteriormente.

de acuerdo con los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad, de forma que los procesos de selección y promoción profesional garanticen máxima validez predictiva para la función a desempeñar".

Hay dos notas que destacan de esa definición del objetivo: la primera es la invocación, hasta cierto punto retórica si no se acompaña de medidas efectivas, de "atraer, desarrollar y retener" el talento, una finalidad que se coloca como prioritaria y enmarcada, como resulta obvio, dentro de los principios constitucionales y propios de la normativa básica de función pública. Está muy bien que ese sea el objetivo; pero difícilmente se cumplirá con un modelo obsoleto de gestión de procedimientos selectivos contaminado de pautas tradicionales o de cesiones sindicales. Lo importante es, además, "atraer" y "desarrollar", pues la retención va de suyo, en unas administraciones públicas en las que, a diferencia de los cuerpos de élite de la Administración del Estado, hay muy poca movilidad desde lo público a lo privado. Y para atraer no cabe duda que lo importante es disponer de procesos selectivos de nuevo cuño, ágiles con alta efectividad y, como bien se señala también en este objetivo, que "garanticen la máxima validez predictiva"; un principio excelente, pero que también se ha de aterrizar a través de nuevas y contrastadas pruebas selectivas, que no son fáciles de implantar en una administración que ha hecho de las rutinas su medio habitual de funcionamiento. No obstante, la finalidad debe ser compartida.

El preámbulo de la Ley se ocupa de describir las grandes líneas maestras del título IX, que regula el acceso al empleo público, así como la adquisición y pérdida de la relación de servicios (que no será objeto de análisis en este trabajo). Realmente, no aparecen grandes novedades en esa descripción, pues se limita la exposición de motivos a reproducir principios y normas que ya estaban recogidas en la normativa básica, aunque incorpora tres aparentes novedades: la primera tiene que ver con "la adopción de nuevas medidas impulsoras de la igualdad de oportunidades y de lucha contra la discriminación", como es el caso del acceso al empleo público de personas con discapacidad; la segunda, corolario de la anterior, consisten en "la posibilidad (por tanto, es una opción) de establecer en las bases de convocatoria, como criterio de desempate en la calificación final del proceso selectivo (una hipótesis altamente improbable), la prioridad para el acceso de personas del sexo cuya presencia en el cuerpo, categoría o especialidad sea inferior al cuarenta por ciento en la fecha de la publicación de la oferta de empleo público o instrumento similar"; y, en fin, la tercera, tiene por objeto justificar que la selección del personal interino se pueda vehicular a través de "la creación de bolsas de trabajo como instrumento preferente"; una justificación que inserta como medio ordinario de selección del personal interino un instrumento tan perverso y escasamente efectivo como son las "bolsas de empleo"; realmente, bolsas eternas de "residuos" derivados de otros procesos selectivos (algunos de ellos realizados en tiempos inmemoriales) y que garantizan la circularidad del

personal temporal durante todo el ciclo de su vida laboral hasta que son aplantillados mediante procesos selectivos blandos o falsos. O, en su defecto, se jubilen como interinos "eternos", como ya está sucediendo en algunos casos. No cabe duda que el pésimo precedente de la Ley 20/2021 ha incidido de forma directa, donde ya se reflejaban normativamente esas "bolsas de trabajo", fervientemente defendidas por el corporativismo sindical para garantizar que los interinos tengan siempre asidero temporal al que agarrarse antes de su *aplantillamiento* definitivo, y cuyas enormes disfunciones operativas y atentado a los principios de igualdad, mérito y capacidad son particularmente evidentes.

3. La aplicación de las reglas de selección al personal al servicio de la Administración Local

Es evidente por el propio sistema de fuentes en esta materia, y más aún tras una reciente sentencia relativa a la improcedencia del concurso-oposición para el acceso a la condición de funcionario de carrera de una Administración Local[8], que la normativa autonómica establecida en la ley andaluza de función pública cede en su aplicabilidad frente a la normativa básica específica de régimen local, inclusive la contenida en una norma reglamentaria como es el Real Decreto 896/1991[9] y, además, tan alejada de los principios de autonomía local y de potestad de autoorganización de las entidades locales. En efecto, una normativa básica petrificada desde tiempos pretéritos, que solo la inmensa pereza del poder reglamentario básico estatal permite que aún siga vigente, y que comporta el desplazamiento aplicativo de la normativa de desarrollo autonómico recogida en la Ley de la Función Pública de Andalucía en materia de selección, sobre todo en aquellos casos de antinomia normativa o donde la regulación reglamentaria básica sea explícita, pues en este caso se aplica de modo preferente la normativa básica estatal, de acuerdo con lo establecido en el artículo 92 LBRL. Esta normativa regulatoria desplaza, además, a la propia regulación básica general en materia de función público, lo que ha llamado la atención crítica de parte de la doctrina administrativista (Velasco Caballero)[10].

Esta idea la deja meridianamente clara el último inciso del artículo 3.1 d) de la LFPA, al reconocer que, si bien es cierto esta ley se aplica al personal al servicio de las Administraciones Locales de Andalucía, no es menos cierto que lo será "con respeto en todo caso a la autonomía local y a la legislación básica estatal de aplicación directa al régimen específico de la función pública local". Obviamente, la noción

[8] Ver: STS 1026/2023, de 18 de julio, sala de lo contencioso-administrativo.

[9] Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración Local.

[10] https://franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com/2023/12/06/aplicacion-de-un-reglamento-especial-y-anterior-frente-a-una-ley-general-posterior/

"legislación" recogida en este enunciado normativo es un concepto material y no formal, lo que incluye, como así lo ha reconocido el propio TS, las disposiciones de naturaleza reglamentaria. En todo caso, al margen de aspectos formales, es más que necesaria una adecuación de esa normativa básica reglamentaria recogida en el RD de 896/1991 al contexto actual y a la garantía efectiva de la autonomía local y de sus potestades de autoorganización, pues muchas de sus previsiones son disparatadas y obsoletas, hasta el punto de encorsetar la gestión de los procesos selectivos a elementos puramente formales (como es, por ejemplo, el número de temas que deben tener los temarios).

4. Previsiones generales conexas en materia de selección de personal en la LFPA

La LFPA tiene innumerables aspectos reguladores conexos con la materia de selección, cuyo detenido tratamiento desbordaría el objeto de este trabajo.

Se regula, por ejemplo, la selección del personal directivo profesional (artículo 22), aunque reenvía en su concreción a lo que establezca en su día el Estatuto del personal directivo profesional. No es objeto esta materia del presente trabajo, pero apenas nada añade en este punto en lo que a los principios selectivos se trata (se orilla, por ejemplo, el principio de igualdad, en línea con lo establecido en el artículo 13 TREBEP; pero no con lo dispuesto en el proyecto de ley de función pública de la Administración del Estado, que sí lo incluía; y el artículo 127 del Real Decreto-ley 6/2023, establece que el nombramiento de ese personal directivo será por libre designación; lo que, junto con la posibilidad, siquiera sea excepcional, de su cese discrecional, convierte a esa dirección "profesional" en un simple remedo de lo que siempre ha sido la cobertura de puestos directivos en la Administración del Estado). La selección de ese personal directivo se canaliza, no obstante, a través de una Comisión "ad hoc", cuya concreción, una vez más, se reenvía al citado Estatuto. La singularidad de este personal se advierte en que, una vez nombrado ("por el sistema que determine el Estatuto del personal directivo profesional"), su cese puede ser materializado por las causas establecidas en la ley, entre las que se halla el cese "por la decisión discrecional debidamente motivada del órgano competente" (…) o por un procedimiento mucho más sutil como es "la ordenación o redistribución de las competencias de las Consejerías" (no parece admitir una reordenación de estructuras directivas de una misma consejería como motivo de cese). En cualquier caso, donde hay cese discrecional difícilmente puede encajarse el modelo como de dirección pública profesional. Como se ha dicho, es el mismo modelo que el previsto en el Real Decreto-ley 6/2023, que admite, excepcionalmente, el cese discrecional por pérdida de. confianza (artículo 127.3 g). Admitida la excepción, vendrá la norma.

Una referencia puntual, pero interesante, recogida en la LFPA (artículo 28.2.b) es la relativa a que, dentro de los derechos individuales del personal, se prevé no solo un derecho a la formación como consecuencia de su incorporación a las estructuras administrativas (formación de acogida o formación inicial; aunque no se prevé preceptivamente un modelo de formación selectiva, salvo en el artículo 112.2, que se intuye), sino además un importante derecho a disponer "de un sistema de gestión del conocimiento que facilite la formación de la persona que deja el puesto de trabajo a la persona que se incorpora". Esa modalidad de transferencia del conocimiento (a través, por ejemplo, de un mentor), abre una importante obligación a las Administraciones Públicas andaluzas de proveer medios de garantía de la transferencia del conocimiento y de las destrezas en los procesos de relevo generacional en el que están y estarán inmersas.

Otro punto de interés, también recogido en la regulación de los derechos (artículo 28.c) LFPA), que luego tiene otras concreciones estructurales a las que se hará mención puntual en este trabajo, consiste en que el personal tiene el derecho "a colaborar en la consecución de los objetivos de proyectos transversales institucionales abiertos a la participación de personal de las distintas unidades u órganos". Se abre, en efecto, la ley a una de las tendencias organizativas más necesarias en estos momentos que, como se ha advertido, es la configuración de estructuras organizativas transversales y temporales, cuyas opciones organizativas tienen también implicaciones con los procesos selectivos o con los sistemas de provisión de puestos de trabajo. No es momento de tratar aquí esta cuestión, que también ha sido objeto de análisis en otros trabajos (Jiménez Asensio, 2022); pero sí que es oportuno reflejar cómo estas cuestiones se abordan con cierto detalle regulador en la disposición adicional vigésima octava ("Unidades Administrativas de Apoyo Temporal de las Administración de la Junta"), así como –con otra dimensión más de *pool* de servicios- en la disposición adicional vigésimo novena ("Unidades administrativas de servicios comunes de la Administración de la Junta de Andalucía"). En cualquier caso, se trata de una opción organizativa avanzada por la que transita la LFPA en lo que respecta a ambas cuestiones. Esta regulación corrige algunas de las disfunciones existentes hoy en día en la práctica totalidad de las Administraciones Públicas, que ignoran la necesidad de tales estructuras contingentes, como ya se ha expuesto.

La formación tiene unas connotaciones evidentes con la selección, aunque en la regulación que lleva a cabo el Título IV ("La formación, el aprendizaje permanente y la acreditación de competencias") apenas se advierta, mas se dibujan en el artículo 112.2, aunque es un sistema de aplicación potestativa. En efecto, en el artículo 45 se define la formación como "el proceso planificado para la adquisición, retención y transferencia de competencias de las personas y para la organización". Esa dimensión objetiva de la formación en sentido holístico es obvio que agrupa a la selección

de entrada (que, sin embargo, no se cita expresamente en la ley con la salvedad citada), a la formación de acogida o a la formación para la adquisición de competencias, así como a la transferencia de conocimiento por medio de medidas de gestión de esa transferencia o de *mentoring.*

5. Selección y negociación colectiva: la extensión del modelo TREBEP y de su desviación normativa ulterior

El esquema normativo que sigue la LFPA sobre las relaciones entre selección y negociación colectiva es, inicialmente, el establecido en el TREBEP, como no podía ser de otro modo, al ser normativa básica. Así se deriva del artículo 85, apartado 1 d), cuando prevé que serán objeto de obligada negociación "las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso", o, en su letra l), "los criterios generales sobre ofertas de empleo público". Por consiguiente, lo único que por exigencia legal es objeto de negociación son los criterios generales de las normas en materia de selección, categoría que agrupa a las disposiciones normativas de carácter general, pero no, en principio, a las bases de convocatoria de los procesos selectivos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 113 LFPA en relación con lo previsto en el artículo 85 antes citado, no serían objeto de negociación colectiva, sino potestad de ser determinadas tales bases unilateralmente por la Administración Pública como manifestación de su propia competencia.

Sin embargo, la fuga de agua abierta con las leyes de presupuestos generales del Estado para 2017 y 2018 y, posteriormente, con la ley 20/2021, que permitían –con una formulación de calculada ambigüedad- que los procesos selectivos de tales procesos de estabilización del empleo público temporal fueran objeto de negociación (realmente, del calendario de pruebas; pero luego extendido por exigencia sindical al detalle de las bases de convocatoria), ha pervertido por completo en la práctica el rol de la Administración Pública en el diseño de las convocatorias, creando una suerte de cogobierno sindical que ha condicionado esos procesos y contaminado, probablemente, el resto; salvo un golpe enérgico de timón de la autoridad administrativa. La praxis de la negociación sindical es que el imperio de los sindicatos ha ido cercenando las potestades de organización y los poderes de dirección del empleador (como estudio atentamente el profesor Joan Mauri) hasta el punto de que, de facto, prácticamente todo es objeto de negociación sindical, dejando en mandatos puramente formales y sin efectividad real las previsiones de la normativa básica general (TREBEP), que ha sido desplazada en la práctica por una normativa excepcional, que en ningún caso tenía vocación de ser estructural.

En qué medida esta praxis contaminará también la propia ejecución de la LFPA es algo que ahora no puede definirse. Pero todo dependerá del alcance temporal y de la intensidad que adquieran los procedimientos de estabilización del em-

pleo temporal, que han sido regulados específicamente en la disposición adicional vigésimo séptima, así como cuáles sean las hipotecas que estos procesos generen en relación con las bolsas de empleo y su extensión en el tiempo, como luego se dirá con más detalle.

6. Una configuración continuista de la Oferta de Empleo Público

En lo que afecta a la regulación de la Oferta de Empleo Público, la LFPA opta por una línea de continuidad. Es cierto que la normativa básica no parece permitir mucho margen de configuración, pero también lo es que sí que cabían opciones complementarias a la mera exigencia básica de que la oferta tuviera carácter anual. No cabe duda que, como ya se ha dicho, la normativa básica es francamente inoperante para hacer frente a los desafíos con los que se enfrenta la selección de personal en el empleo público en una época de acusado relevo generacional y de disrupción tecnológica. Fiarlo todo a una oferta de empleo público de carácter anual es apostar por una continuidad paralizante en esta materia. También la ley podría haber sido más exigente, siquiera fuera para la propia Administración de la Junta, en lo que a la ejecución de las convocatorias de los procesos selectivos, rebajando el amplio y graciable plazo temporal otorgado por la legislación básica, como objetivo de mejora de la gestión de la política de recursos humanos.

La oferta incluye, en efecto, las necesidades de personal de nuevo ingreso para la prestación de los servicios, siempre que tengan asignación presupuestaria, pero al fijarla en un solo acto y demorar su ejecución en el plazo improrrogable de tres años, la cobertura de esas necesidades administrativas, que se presumen detectadas e inmediatas, podrían prorrogarse en su aplicación real hasta los cuatro años desde que fueron identificadas, y eso con la interpretación más amable que consistiría en que por ejecución se entienda el final de todo el proceso selectivo con el nombramiento de los funcionarios o la contratación como fijo del personal laboral; pues si la interpretación que se hace del artículo 91.3 LFPA fuera la que hoy en día es dominante y que consiste en que por ejecución cabe entender solo la mera convocatoria de las plazas, resulta obvio que el proceso selectivo podría demorarse en su final hasta más de cinco años en no pocos casos. Seleccionar así en las administraciones públicas se convierte en un imposible, obligando de facto a que las distintas organizaciones públicas cubran sus necesidades con personal interino, que luego ya aplantillarán a través normalmente de vías espurias. Este modelo revienta cualquier ensayo de profesionalizar o hacer más efectivos los procesos selectivos.

La Ley no ha dejado, por tanto, espacio a que se puedan aprobar a lo largo del ejercicio presupuestario distintas Ofertas de Empleo Público complementarias, lo que flexibilizaría la rigidez del modelo. Tampoco ha previsto que las convocatorias de los procesos selectivos deban ser inmediatas desde la oferta pública de empleo,

pues la necesidad ya está detectada, imponiendo un plazo máximo de ejecución de tales procesos selectivos con la finalidad de que en unos meses puedan estar resueltos y cubiertas las necesidades previamente identificadas. Estas hipotecas pueden crear muchos problemas prácticos a las administraciones públicas andaluzas y, al fin y a la postre, imponer una política continuista que haga de la temporalidad el recurso necesario para satisfacer las necesidades inmediatas de personal, y condene a las convocatorias de los procesos selectivos para el ingreso a la función pública a meras pantomimas que en nada mejoran la situación actualmente existente. Es un riesgo que se corre de no atinar mucho y bien en el desarrollo reglamentario y en la gestión de tales procesos[11].

7. Una estructura corporativa tradicional, marcada por la rigidez y la sofisticación, que es la puerta de entrada a la función pública autonómica

No es tampoco objeto de este trabajo reflexionar en torno al alambicado sistema de estructuras corporativo-funcionariales por el que apuesta la LFPA, pero resulta obvio que tal modelo condiciona directamente los sistemas de selección de funcionarios de carrera, pues el acceso se produce no a puesto de trabajo ni tampoco a agrupación de puestos de trabajo (áreas o ámbitos funcionales), sino a cuerpos, escalas, especialidades o, incluso, opciones, estableciendo así un sistema cantonal de entrada que, si no viene atemperado por relaciones de puestos de trabajo de provisión indistinta, puede suponer un serio hándicap futuro en la gestión polivalente de recursos humanos en la Administración andaluza.

Además, este modelo corporativo es propio de la densa y extensa Administración autonómica, pues el ámbito local de gobierno tiene sus propias estructuras funcionariales, añejas en su factura, dependientes aún de una normativa establecida hace casi cuarenta años, que ofrece asimismo unas disfunciones notables para incorporar nuevos perfiles de empleos que ya está demandando la función pública actual.

La legislación básica impuso un sistema híbrido (cuerpos/puestos) que nunca ha terminado por cerrarse correctamente; pues sus lógicas de funcionamiento son muy contradictorias en muchos casos. El modelo corporativo autonómico es, por

[11] Como novedad recogida en materia de selección y de las convocatorias en ejecución de la Oferta de Empleo Público en el proyecto de Decreto de la Junta de Andalucía sometido actualmente a información pública, cabe destacar, como recoge la exposición de motivos y refleja el artículo 16, la siguiente previsión: "Sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, las convocatorias de pruebas selectivas podrán incluir, además de las plazas aprobadas por las ofertas de empleo público o instrumento similar, un número de plazas adicionales del veinte por ciento para cubrir posibles futuras vacantes, a cargo de las ofertas de empleo público o instrumento similar de los dos años siguientes, de conformidad con el plan de ordenación de recursos humanos".

tanto, de factura tradicional, muy dependiente del diseño básico, pero sin activar ningún tipo de mecanismo de flexibilización, convirtiéndolo en un modelo rígido, dependiente del sistema de titulaciones universitarias, que está sufriendo un auténtico terremoto tras la lenta puesta en marcha del espacio europeo de educación superior, y que presentará serias hipotecas para introducir elementos del polivalencia y de transversalidad en un sistema que aparece como cerrado en sí mismo y con escaso potencial de versatilidad. La rigidez formal se lleva al extremo hasta el punto de exigir también para la creación de especialidades y opciones la reserva de ley, y no solo para los cuerpos y escalas (estas últimas, por cierto, diluidas en el texto de la ley, cuya disposición adicional quinta solo recoge los cuerpos y especialidades de la Junta). Así se recoge de modo categórico en el artículo 100.2 LFPA: "Los cuerpos, escalas, especialidades y, en su caso opciones se crean, modifican y suprimen por ley".

En cualquier caso, parece obvio señalar que ese marco corporativo-burocrático de indudable densidad y complejidad es a través del cual se canalizará la selección de funcionarios públicos de la Junta. Tal marco se adapta muy mal, como decíamos, a la imprescindible polivalencia, y peor aún a las innumerables y constantes exigencias de la revolución de los puestos de trabajo que se derivará de la digitalización y del proceso de disrupción tecnológica. ¿Dónde incorporar todos esos empleos funcionales vinculados con la gestión y gobernanza de datos, por ejemplo, que serán realmente imprescindibles y numerosos en la Administración autonómica del futuro? ¿En el cajón de sastre del cuerpo superior facultativo, especialidad de tecnologías de la información y de las comunicaciones? No parece la solución más adecuada. La formación profesional en el ámbito de la revolución tecnológica debe encontrar asimismo acomodo, no solo en el subgrupo de clasificación A1, sino también en las estructuras corporativas de los grupos de clasificación B y C.

En fin, la configuración de la función pública andaluza en compartimentos estanco por lo que al acceso y al encuadramiento funcional respecta, es una opción muy rígida aunque bien es cierto que las opciones de mejora tenían un cierto carácter de ruptura con el modelo tradicional (por ejemplo; áreas o ámbitos funcionales de puestos de trabajo como herramientas alternativas de selección de personal; tal como estudió en su día con detalle la profesora Cantero Martínez), por las que decididamente el legislador andaluz no ha querido transitar. Sus razones tendrá, aunque no se exteriorizan. En cualquier caso, sorprende que se haya hecho hincapié en necesidades objetivas obvias, como ya se ha dicho (por ejemplo, en "estructuras provisionales y complementarias a los puestos de trabajo vinculadas a actuaciones, proyectos o programas organizados entre órganos directivos distintos"; artículo 104.2), y no se haya puesto el foco en otros modelos estructurales alternativos que también podrían haber servicio para flexibilizar y dar respuestas organizativas adecuadas a los procesos de selección de funcionarios.

8. Principios y requisitos de acceso en la LFPA

El título IX de la LFPA regula el acceso al empleo público, y está situado sistemáticamente después del título dedicado a la estructura del empleo público, de ahí las reflexiones anteriores. Este título IX tiene escasas innovaciones. Así, por ejemplo, en lo que afecta a los principios rectores en relación con el acceso, reproduce lo establecido en el artículo 55 del TREBEP (artículo 105), con algún añadido. Lo mismo cabe decir de los requisitos de acceso (artículo 106). En cualquier caso, alguna innovación puntual, al menos potencial, se ha incorporado, principalmente en lo que afecta a los procesos selectivos (artículo 112.2).

No obstante, en honor a la verdad, poco margen había para complementar lo establecido en la normativa básica, pero al menos en el campo de los principios se han incluido, como evidente novedad (de la cual ya se dejó reflejo en la exposición de motivos) la incorporación del principio de fiabilidad y validez predictiva de los instrumentos y procesos de reclutamiento y selección (dos cosas distintas, por lo demás), que se conectan, paradójicamente con las funciones y competencias a desarrollar en los puestos de trabajo, cuando el modelo de acceso prescinde por completo de los puestos y se enmarca solo en estructuras corporativas. Las convocatorias de tales procesos selectivos no son a puestos, sino a cuerpos, escalas, especialidades u opciones, al menos en la Administración de la Junta de Andalucía. Por lo demás, estas disfunciones entre estructuras corporativas y puestos de trabajo, también en el ámbito de la selección, proceden del propio TREBEP (y de esa larga hipoteca de implantar un "modelo estructural híbrido"), cuyas piezas no terminan de encajar correctamente.

No hay, por lo demás, una regulación especialmente innovadora en lo que respecta al acceso al empleo público de nacionales de otros Estados (artículo 107) o del personal funcionario procedente de organismos internacionales (artículo 108), donde se sigue las pautas del legislador básico. Tampoco hay margen de configuración normativa especialmente amplio en estos puntos. Sí que se presta una atención particular al acceso del personal con discapacidad (artículo 109), a quien se reservará el cupo que determine la legislación aplicable (medida prudente), previendo la concentración de plazas de diferentes convocatorias con la finalidad de operativizar tales cupos. Se prevé asimismo la posibilidad de realizar convocatorias independientes en algunos casos (artículo 109.2), y se incluyen obligaciones genéricas hacia las administraciones públicas para incorporar las adaptaciones que procedan en las instalaciones, dependencias, equipamientos o de carácter organizativo en tales procesos selectivos de este tipo de personas discapacitadas, en cuanto que afecten a las pautas de trabajo o asignación de funciones.

9. Órganos de selección. La continuidad, con matices, de un modelo amateur de gestionar los procesos selectivos

El modelo institucional por el que opta la LFPA en materia de selección no se define propiamente como el de Escuela (IAAP), tributario de la reforma administrativa de los años sesenta del siglo pasado, sino que más bien diseña una arquitectura propia de órganos de selección, con alguna intervención puntual del IAAP. Pero el IAAP tiene atribuida por su normativa propia el diseño y la gestión de los procesos selectivos, aunque no se haga hincapié en la Ley en este punto, que queda un tanto oscuro. No se ha optado por crear un modelo de Agencia, con una independencia funcional y configurada como órgano de garantía e imparcialidad que velara por ejecutar los procesos selectivos sin interferencia alguna de los ejecutivos.

En materia de órganos de selección el continuismo es también la regla dominante. Se prevé, eso sí, la posibilidad de que se creen "órganos de selección especializados y permanentes", pero solo en la Administración de la Junta, con lo que se pretende una continuidad y mayor dedicación y profesionalidad de sus miembros. Nada impediría que en uso de sus potestades normativas y de autoorganización también se configuraran en las entidades locales, en las universidades o en otro tipo de entidades públicas. En todo caso, los órganos especializados autonómicos estarán "adscritos a la consejería competente en materia de función pública", con lo cual su autonomía funcional será limitada.

La regulación normativa de los órganos colegiados (artículo 110.2 LFPA), tampoco ofrece grandes novedades, rigiéndose por los principios de imparcialidad y de profesionalidad de sus miembros, lo que parece obvio. En su composición, sin embargo, se prevé que tales órganos los compongan "mayoritariamente" personal funcionario de carrera, lo que parece admitir el nombramiento de personal laboral para ejercer tales funciones de autoridad, y no solo para los procesos selectivos de personal laboral, una medida que puede tener su explicación en las dificultades que tienen algunas entidades locales para conformar los tribunales o comisiones de selección, al no disponer de funcionarios suficientes.

Nada nuevo hay tampoco en la interdicción, trasladada de la legislación estatal, de que los órganos de selección no "podrán estar formados mayoritariamente por personal funcionario perteneciente al mismo cuerpo que se ha de seleccionar". Evitar la endogamia y el corporativismo es el objetivo; pero las comprobación teórica y práctica de los conocimientos y destrezas en estos procesos descansará de facto en los funcionarios del propio cuerpo, pues los ajenos carecerán (dependiendo de las distancias funcionales) de capacidades para plantear correctamente los ejercicios y para evaluarlos debidamente (salvo que se acudan a las socorridas plantillas, que empobrecen el juicio de discrecionalidad técnica).

Todos esos problemas se pretenden evitar con la previsión de que tales personas dispongan "de la debida cualificación técnica en la materia o materias propias del cuerpo y, en su caso, especialidad u opción y, en todo caso, con un nivel de titulación correspondiente a la exigida para el acceso". No cabe insistir en lo dicho, los conocimientos y destrezas requeridos para ese proceso de evaluación solo los tendrán quienes pertenezcan al cuerpo, especialidad u opción (aquí desaparecen las escalas, como en otras partes de la ley), el resto está llamado "a hacer bulto"; aunque vota y puntúa, en su caso.

La regla de que el número de miembros sea impar, así como de que la pertenencia a los órganos de selección sea a título individual (evitar la incidencia sindical o asociativa en estos procesos), y, en fin, que se tenga en cuenta la paridad, tampoco añaden nada nuevo. Lo mismo sucede con las interdicciones a formar parte de los órganos de selección, donde queda la sombra de duda sobre qué papel jugarán los directivos públicos profesionales en este punto, que no están expresamente excluidos, a pesar de la discrecionalidad final en el nombramiento (homologados aquí a los nombrados por libre designación, que tampoco están excluidos). Por tanto, cabe concluir que podrán forman parte de esos órganos selectivos.

Los preparadores que hayan realizado esta actividad en los últimos cinco años tampoco podrán formar parte de los órganos de selección. El problema en este caso es la opacidad de quién es o no es preparador, pues no hay registro alguno, y se trata de una actividad paralela, para la que tampoco se suele solicitar la compatibilidad, dado que en no pocos casos se cobra "en negro". Una singularidad hispana de nuestra función pública sin parangón en otras democracias avanzadas.

Interesante es que el IAAP imparta cursos de formación a los miembros u homologue los que se impartan. Nada se dice, sin embargo, de protocolos comunes de actuación y de la aprobación de códigos de conducta, que salvaguarden la imparcialidad, objetividad y profesionalidad en estos procesos y de la actuación de los miembros de tales órganos de selección. Tampoco se habla de la incorporación como miembros de pleno derecho del órgano selectivo de especialistas en técnicas de selección (por ejemplo, en la realización de test psicotécnicos o entrevistas conductuales estructuradas), salvo que se haga en la condición de asesores (o que se utilice la cláusula genérica del artículo 110.2 b), "in fine"), que nada añade realmente al funcionamiento real de unas comisiones de selección que se siguen configurando como órganos de impronta tradicional o amateur, para cuya configuración muchas veces se abre "la caza y captura" de algunos funcionarios ingenuos a quienes hay que engañar o animar para que desplieguen tan ingratas tareas.

10. Sistemas selectivos: continuismo legal e indeterminación

El artículo 111 LFPA regula los sistemas selectivos, también bajo una impronta muy convencional. Se trata de los sistemas selectivos "ordinarios", pues luego están los "extraordinarios" (los recogidos en la disposición adicional vigésima séptima LFPA) que, durante un buen número de años, serán los realmente ordinarios, y no es un juego de palabras.

Tal como se enuncia, ese artículo 111 LFPA ofrece pocas sorpresas en lo que respecta a los sistemas selectivos. Tal vez la más relevante es que, si bien apuesta en los procedimientos selectivos "ordinarios", por el carácter abierto de los mismos, no toma una decisión sobre qué procedimiento es el prevalente, pues tras enunciar los tres procedimientos selectivos típicos (oposición, concurso-oposición y concurso) y explicar en qué consisten, la LFPA no se moja sobre cuál de ellos será el procedimiento ordinario, pues en lo que respecta a los funcionarios admite indistintamente la oposición y el concurso-oposición, previendo la excepcionalidad del concurso, mientras que en el personal laboral incorpora a los tres como ordinarios, reenviando a los convenios colectivos su concreción.

Ese carácter "ordinario" legal de ambos sistemas de selección de la oposición y el concurso-oposición en la función pública, ofrece una baza excepcional a los negociadores sindicales para justificar que el segundo de ellos, siempre que haya personal interino a aplantillar, se imponga como medio natural para abrir la puerta de acceso a la Administración de la Junta de Andalucía (otra cosa es, sin embargo, el mundo local, donde la aplicabilidad preferente del Real Decreto 896/1991 implicará que la oposición libre deba ser aplicada con preferencia al concurso-oposición). Bien es cierto que ello se puede corregir a través del Reglamento de selección, si es que este apostara por la oposición libre como vehículo normal de acceso; pero, al prever la ley ambos como ordinarios, no será un camino fácil; y, en todo caso, la regulación reglamentaria siempre puede ser objeto de modificación, al tener una menor garantía de rango normativo[12].

Esta opción normativa no es neutra en sus efectos, pues fácilmente puede entorpecer el acceso de talento joven a la Administración de la Junta de Andalucía, si definitivamente se generalizara el acceso por medio del concurso-oposición, que se puede convertir así en una suerte de procedimiento eterno para la consolidación del personal funcionario interino con varios años de servicios prestados; y a cuya condición se habrá accedido mediante la superación de pruebas blandas (derivadas de otros procesos de estabilización o de concursos-oposiciones para facilitar el acceso

[12] Finalmente, el proyecto de Decreto en materia de selección sometido a información pública no se inclina por dar preferencia a la oposición frente al concurso-oposición, dejando las cosas como establece la Ley. Serán, por tanto, las convocatorias respectivas las que opten por uno u otro sistema.

de interinos) en las que la capacidad predictiva de las mismas en cuanto a su validez y fiabilidad en relación con el ejercicio competente de las funciones asignadas es prácticamente mínima. Si las administraciones públicas andaluzas actúan con la torpeza habitual existente en la gestión de los procesos selectivos en el sector público, el problema de la temporalidad en el empleo público se reproducirá, y las presiones para que el sistema de acceso sea el concurso-oposición blando se multiplicarán, con lo que el problema se puede enquistar una vez más, y arruinar de facto la oposición libre como medio de acceso a la función pública, hoy en día preterida en la mayor parte de las administraciones territoriales españolas. Si así fuera, las consecuencias sobre la desprofesionalización de la función pública andaluza podrán ser letales.

11. Los procesos selectivos como "caja de herramientas". Finalidades de la ley y naturaleza potestativa de las medidas

Más innovaciones se introducen en el artículo 112 LFPA. Si bien es cierto el precepto arranca con la constante confusión entre acceso a estructuras corporativas y a puestos de trabajo, pues se inclina de nuevo por "la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación al desempeño de las funciones y tareas asignadas al puesto de trabajo convocados", cuando lo que se convocan son plazas de cuerpos, escalas, especialidades u opciones, pero (casi) nunca puestos de trabajo. También esta confusión procede de la propia legislación básica.

El segundo párrafo del artículo 112.1, prevé lo que se ha denominado cómo "la caja de herramientas" que recogía la legislación básica; esto es, un haz de posibilidades que los gestores de recursos humanos tienen para diseñar las pruebas selectivas, aunque en la dura realidad se opte, por lo común, por la continuidad de los modelos añejos de replicar temarios obsoletos, test que nada acreditan, pruebas de conocimientos estandarizadas y pruebas prácticas que muy poco tienen que ver con la realidad o, en el peor de los casos, de una complejidad fuera de lo común. Sí que se prevén las pruebas de conocimientos de lenguas extranjeras, pero como posibilidad; cuando el conocimiento del inglés debería ser preceptivo, al menos en el acceso a estructuras corporativas del grupo de clasificación A1.

Mucho más interés tiene la posibilidad abierta en el artículo 112.2 de condicionar el acceso a la realización de cursos de formación o de períodos de prácticas, "en los que podrá admitirse mayor número de asistentes que el de plazas convocadas". Al fin y a la postre es el modelo impulsado desde la Generalitat valenciana, que ha tenido fiel reflejo –como posibilidad abierta- para su ulterior implantación en las Administraciones Públicas andaluzas. Se prevé, asimismo, una condición de que, para acceder a la condición de funcionario de carrera, se deban superar las tres fases (pruebas iniciales de acceso; formación y período de prácticas; y prueba final), no pudiendo durar la fase intermedia más de seis meses en el caso de los cuerpos el grupo

A o de tres meses en los restantes, previendo además la posibilidad en este caso de que se haya de superar "una prueba específica de carácter obligatoria y eliminatoria que acredite el conocimiento de una o varias lenguas comunitarias".

Se ha puesto exigente el legislador en este punto, puesto que parece apostar (al menos sobre el papel) por una alta función pública de excelencia (que se puede trasladar también a la zona media y a la baja); pero todo dependerá de que esos niveles de exigencia los reproduzca también en las respectivas convocatorias y, sobre todo, en la gestión de esos procesos selectivos. En cualquier caso, se abre una magnífica ventana de oportunidad para una selección exigente y que capte talento; pero su aplicación concreta, amén de una voluntad política y funcionarial enérgica, requiere como premisa que los procesos selectivos en este caso sean de oposición libre. Este formato, en principio, está reñido con un sistema de concurso-oposición que, entendido en los términos actuales la fase de concurso, contaminaría por completo las potencialidades innovadoras (que son muchas) en este terreno. Tendrá que acertar el poder reglamentario andaluz y cuando formule las respectivas convocatorias, a la hora de armar un sistema que mejore y palie algunas de las deficiencias detectadas, por ejemplo, en la primera aplicación del modelo valenciano, que es que ha servido como patrón.

12. Continuismo en la regulación legal de las convocatorias

Poco cabe añadir a la regulación establecida por el artículo 113 en relación con la convocatoria de los procesos de selección, pues su contenido es esencialmente el clásico y poco valor añadido tiene (la posibilidad de aprobar bases generales, los contenidos de las bases de convocatoria, la publicación formal de las bases, o las peculiaridades de los procesos de selección del personal laboral).

El único punto de interés, como novedad, consiste en que las convocatorias deberán contener una "declaración expresa sobre la posibilidad o no de declarar superado el proceso selectivo a un número de aspirantes mayor al superior de plazas convocadas", lo que puede ser una válvula de resolución de incidencias que se presenten en el proceso selectivo; pero, también, depende cómo se interprete una puerta abierta a que esas personas que han superado ese proceso selectivo dispongan de una suerte de habilitación para poder cubrir, en su caso, necesidades ulteriores de personal y ser nombrados como funcionarios de carrera. Nada de eso se dice, pero depende de cómo se aplique. Cualquier medida de flexibilización racional de los rígidos e inoperantes sistemas de selección en lo que a la atención de necesidades respecta, debería ser valorado en su justa medida en términos de efectividad.

Sin embargo, la interpretación más cabal de ese enunciado normativo nos la da el propio artículo 114, que siguiendo a pies juntillas las previsiones del legislador básico, esa previsión relativa a los candidatos que han superado el proceso selectivo en

un número mayor al de plazas convocadas, parece estar encaminada a amortiguar las renuncias de aspirantes seleccionados, mediante la conformación de una relación complementaria de los aspirantes que sigan a los propuestos. En todo caso, materialmente, al margen de esas reglas añejas que están enquistadas en nuestra legislación, no deja de ser absurdo que se pueda dar –como de hecho se sigue dando- la figura del "aprobado sin plaza"; esto es, de aquella persona que ha acreditado conocimientos, destrezas, aptitudes y actitudes suficientes para ejercer esas funciones, y se queda (algunas veces por décimas o centésimas fuera de la asignación presente o futura de las plazas). Resulta un sinsentido; pero ahí sigue. Sería mucho más operativo diseñar sistemas dinámicos de acceso diferido, conforme las plazas se quedaran vacantes, pudiéndose cubrir con ese personal que ha superado esos procesos, y no hacerle de nuevo volver a realizar todo el proceso selectivo (salvo en algunos casos que "se guardan" ejercicios cuando se obtienen unas calificaciones notables o sobresalientes). En cualquier caso, el excepcional sistema previsto en la DA 27ª debe tenerse en cuenta en este caso, aunque sale de las reglas ordinarias de la Ley, que son las que regulan los artículos 113 y 114 LFPA.

13. Selección de funcionarios interinos y personal laboral temporal. La cristalización legal de "las bolsas de empleo"

La extensión de los enunciados normativos recogidos en el artículo 115 LFPA, cuyo objeto es la selección de personal funcionario interino y personal laboral temporal, ya nos advierte de que lo que debería ser una excepción (el personal interino) el propio legislador autonómico admite con tan candorosa regulación –aunque nunca lo reconozca explícitamente- como un medio que, mal aplicado, puede pervertir el acceso ordinario, al establecer (si se extiende la patología) un primer estadio de acceso a la condición de interino que abrirá acto seguido (demandado con fuerza por los sindicatos) el acceso a la condición de funcionario de carrera o personal laboral fijo (segundo estadio o de cierre), mediante pruebas blandas; puesto que el primero puede llegar a alimentar y condicionar al segundo, si no hay una correcta gestión ordinaria de los procesos selectivos, desde la panificación, pasando por la oferta y acabando en las convocatorias respectivas. Sin gestión enérgica y decidida de la política de recursos humanos, la ley deja la puerta abierta a la hipotética perversión del modelo selectivo ordinario.

Nada se añade a la legislación básica con las exigencias de que los procesos selectivos de este tipo de personal cumplan los manoseados (y más en este tipo de expedientes) principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, como tampoco con la referencia a que tales procedimientos serán ágiles (qué menos cabe de una necesidad interina de cobertura urgente o inmediata de una plaza), o que se exija la

idoneidad de la persona seleccionada con el puesto de trabajo. Más novedoso parece ser que se pueda exigir un período de prueba en función del tipo de plaza a convocar.

Sin embargo, lo más criticable del modelo regulatorio del personal interino descansa sobre la idea de la petrificación legal del instrumento de gestión de vacantes de interinidad, cuya perversión en su uso ha sido constante, de las *bolsas de empleo* como medio "preferente" para la selección de personal interino, lo que implica que, si no se gestiona adecuadamente (volvemos al mismo argumento), el acceso real al empleo público andaluz se hará a través de esas "bolsas de empleo", mientras que el acceso formal se produciría mediante procedimientos de concurso-oposición en los que, tras pruebas de oposición blandas o de cartón piedra, se ingresaría por la antigüedad de los aspirantes en su condición de interinos. Los riesgos de desfallecimiento del modelo profesional se multiplican. También se admite, lo cual es un procedimiento discutible en cuanto a la acreditación de los principios constitucionales antes citados, que, ante el agotamiento de tales bolsas (realmente, "bolsas de residuos" de otros procesos selectivos o, más gráficamente, *bolsas basura*), se acuda al expeditivo método de que se remita la oferta de empleo al órgano gestor de las políticas de empleo de la Junta de Andalucía, para realizar así la cobertura de la vacante.

14. Medidas dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público: las hipotecas de la legislación básica y algunas novedades

Tampoco es objeto de este trabajo analizar el marco normativo excepcional de las medidas dirigidas a la reducción de la temporalidad en el empleo público, regulación que ha sido objeto de duras críticas doctrinales (por ejemplo, Cantero Martínez, 2022; y Fondevila Antolín, en diferentes trabajos), así como de alguna otra mirada más benevolente (Mauri Majòs, 2022). Hasta ahora, algún pronunciamiento del Tribunal Supremo, además en el singular y discutido proceso de estabilización de funcionarios con habilitación de carácter nacional, recientemente ha "santificado", con un razonamiento lapidario de una pobreza argumental clamorosa, la adecuación a la constitucionalidad y a la legalidad de tales procedimientos de estabilización[13]. Todo apunta que esa será la línea de continuidad de la doctrina jurisprudencial, y así parece que el problema no llegará al Tribunal Constitucional, aunque si lo hiciera, nada cambiaría, como ya se ha dicho.

[13] Sentencia Tribunal Supremo, sala de lo contencioso, de 20 de julio de 2023, Sección 4ª (Rec. nº 695/2022). Ver al respecto, el trabajo de Jorge Fondevila Antolín, pendiente de publicación en *El Consultor* cuando esto se escribe, "El Tribunal Supremo y la estabilización (sentencia de 20 de julio de 2023): Una nave vacía y con vías de agua". La idea de "nave vacía" procede, en efecto, del déficit argumental de la citada sentencia, al que nos referíamos en el texto.

A nuestros efectos, aparte de lo ya expuesto en estas líneas, lo importante es que la disposición adicional vigésima séptima de la LFPA, establece, en desarrollo y aplicación de la normativa básica, un conjunto de medidas dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público andaluz. Bien ese cierto que tales medidas adecuan al ámbito autonómico lo dispuesto en la Ley 20/2021 (que luego se reflejó en la disposición adicional decimoséptima del TREBEP), pero lógicamente (por la fecha de aprobación de la Ley andaluza) no se pudo recoger la confusa regla excepcional (que abre la mano hasta límites insospechados en un ejercicio de populismo funcionarial, ejercido, además, en plena preludio de la campaña electoral) del artículo 217 del real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, artículo cuyo enunciado es el siguiente: "Garantía del derecho de acceso a los procesos derivados de la disposición adicional octava de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre**,** de medidas para reducir la temporalidad en el empleo público".

Esta disposición adicional vigésima séptima contiene un sistema excepcional de cobertura de plazas que consiste en que las propias ofertas de empleo público para reducir la temporalidad, y con la finalidad "de limitar al máximo el nombramiento de personal" interino, pueden incorporar un número de plazas adicionales del veinte por ciento con cargo a futuras vacantes vinculadas a las ofertas de empleo público de los dos años siguientes, siempre de conformidad con el plan de ordenación de recursos humanos.

La regulación del procedimiento es ciertamente confusa (como son, por lo demás, la inmensa mayoría de estas normas excepcionales), pero su voluntad clara es que las plazas adicionales de esos procesos selectivos se cubrirán por los aspirantes según su orden de prelación en tal proceso selectivo, pero excluyendo aquellos que formen parte de la relación definitiva. Cabe intuir que serán aquellas personas que han superado las pruebas selectivas y no han obtenido plaza; pero ello se corrige o rectifica (abriendo más el modelo blando de acceso) por lo dispuesto en el apartado tercero de esa disposición adicional, al prever que, aunque no se hayan superado todas las pruebas de la oposición, la superación de algunos ejercicios podrá ser reconocida en las diferentes convocatorias de acceso, eximiendo así de la realización de tales pruebas. Incluso se prevé que se valore como mérito en los concursos de acceso esa superación de las pruebas. En fin, facilidades todas. Las Administraciones públicas llevan camino de convertirse en entidades de beneficencia en lo que a la protección de sus interinos respecta.

Además, este sistema congela, durante un período al menos dos ofertas de empleo público y sus correspondientes convocatorias que pueden durar varios años, los procedimientos de selección "ordinarios" establecidos en la LFPA, y convierte a este sistema excepcional de acceso a esas listas por pruebas blandas o de escasas

exigencias de conocimientos y destrezas en el medio natural de ingreso en las administraciones andaluzas, y puede suponer un tremendo hándicap para la profesionalización de la función pública andaluza. Pero el mal procede de un sistema básico de estabilización configurado con poco rigor, que sin duda hipotecará el futuro de las administraciones públicas territoriales.

V. A MODO DE CONCLUSIONES

Como apretada síntesis, se pueden traer a colación algunas breves conclusiones:

1.- LFPA innova en algunos aspectos, pero en materia de selección el recorrido innovador es más limitado, aunque se han incorporado puntualmente algunas posibilidades abiertas para mejorar los procesos selectivos, aunque todo dependerá del desarrollo reglamentario de la Ley y de las medidas que se apliquen.

2.- El sistema institucional de selección descansa sobre el modelo tradicional de gestión descentralizada de los procesos a través de los órganos directivos propios de la Administración convocante y de sus respectivos órganos de selección creados en cada caso, no apuesta por un modelo de Agencia como entidad prestadora de esos servicios de selección con autonomía funcional e independencia orgánica. Tampoco atribuye expresamente la competencia al IAAP, aunque sí dota a este organismo de algunas funciones vinculadas con la selección. En principio, tampoco parece excluirlo, puesto que los Estatutos del IAAP aprobados en 2009 reconocen esa competencia de selección, salvo en algunos procesos, aunque la ley nada diga al respecto.

3.- Los procedimientos selectivos "ordinarios" establecidos en la LFPA están condicionados por la estructura de la función pública y, en buena medida, por la tradición; esto es, hay elementos innegables de continuidad y escasos elementos disruptivos o innovadores en este marco normativo.

4.- Asimismo, la Oferta de Empleo Público tiene un trazado muy convencional, excesivamente pegado a la normativa básica, y sin ninguna herramienta de flexibilización que permita aprobar sucesivamente ofertas temporales y abrir convocatorias inmediatas de procesos selectivos para ajustar tales procesos selectivos a las demandas o necesidades de las administraciones públicas.

5.- La abundante presencia fáctica de los condicionantes de los procesos excepcionales de estabilización del empleo temporal sobre los sistemas "ordinarios" de acceso, puede generar una réplica de la temporalidad y, sobre todo, una rebaja temporal o sistemática de los estándares de profesionalización en la función pública andaluza.

6.- Particularmente, la omnipresencia temporal de los procesos de estabilización del empleo temporal, y las reglas establecidas en la Ley en torno a su gestión, unidas a la existencia de bolsas de empleo, puede hipotecar asimismo o aplazar por amplio espacio de tiempo la profesionalización de la función pública andaluza y desplazar la aplicación de los sistemas ordinarios de acceso, corriéndose el riesgo de generar un efecto distorsionador de que se termine accediendo a la función pública –en algunos casos, al menos- materialmente como interinos y formalmente mediante concurso-oposición de factura blanda.

7.- El hecho de que la Ley no opte por la oposición como procedimiento ordinario de acceso, condición que comparte con el concurso-oposición, a pesar de que se pueda corregir reglamentariamente esa tendencia (en todo caso, de forma relativa, pues los dos procedimientos son los ordinarios), puede inducir a los agentes sociales a presionar que se utilice masivamente el concurso-oposición, lo que congelaría las patologías indicadas en los puntos anteriores. Ello no sería aplicable al ámbito local, fuera de los supuestos de estabilización.

8.- La Ley apenas contiene referencias explícitas al necesario e intenso relevo generacional que se tiene que producir en los próximos años (ya se está produciendo), así como prevé muy escasas referencias a la necesidad de captar talento tecnológico, todas ellas incidentales y poco concretas.

9.- La mejora de la selección es un problema normativo y aplicativo, pero sobre todo de diseño institucional y de innovación en la gestión. También de cultura organizativa, donde se enfrentan concepciones tradicionales y corporativas (funcionariales y sindicales) con necesidades objetivas de cambio y transformación. El proceso de mejora no depende tanto de lo que regulen las leyes, sino cómo de planifique y ejecute. Y la gestión del cambio tropieza aquí con muchas inercias y no pocas resistencias. Pero si la ley es continuista, el futuro transformador tendrá siempre más problemas para materializarse, sobre todo en un país. Como es España, en el que la cultura jurídico-administrativa sigue siendo dominante.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AAVV (2017): *Nuevos tiempos para la función pública. Propuestas para atraer y desarrollar el talento en la Administración General del Estado,* INAP, 2017.

- BOLTAINA, X. (2018), "Los procesos selectivos 'blandos' y sus efectos sobre la profesionalización del empleo público", Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas" (*RVOP*-14, 2), pp.140-155.

- CANTERO MARTÍNEZ, J. (2016): *Claves para la modernización de la estructura funcionarial: La coexistencia ordenada de Cuerpos y Puestos de Trabajo,* TR/Aranzadi.

- CANTERO MARTÍNEZ, J. (2021): "El abuso en el nombramiento del personal interino y su estabilización en la Administración. Propuestas para un debate", *RVOP*-21, pp. 28-55.

- CANTERO MARTÍNEZ, J. (2022): *Temporalidad y estabilización en el empleo público. La Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en la Administración*, Thompson Reuters/Aranzadi.

- CASTILLO BLANCO, F. A. (2009): "El Estatuto Básico del Empleado Público: ¿Hasta dónde llegan las bases? (El sistema de empleo público en un Gobierno multinivel)", en R. Gómez-Ferrer Morant *et alii, El control de la legalidad urbanística/El Estatuto del Empleado Público,* Instituto Andaluz de Administración Pública, 247-289.

- CUENCA CERVERA, J. (2018): *Instrumentos de planificación de recursos humanos y selección: ¿cambio de paradigma?, RVOP 14-2*, pp. 52-65.

- CUENCA CERVERA, J., ANTÓN CRESPO, P., FARIÑA GUILLÉN, J. F. (2018): *Planificación y gestión de recursos humanos en las Entidades Locales,* CEMCI.

- DE LA OLIVA, A., GUTIÉRREZ REÑÓN, A. (1968): "Los cuerpos de funcionarios", *Documentación Administrativa* 104, pp. 11-70.

- FÉREZ FERNÁNDEZ, M. (2018): "La configuración institucional de las comisiones de mérito en los procesos selectivos. Experiencias comparadas y aplicación al contexto español", *RVOP* 14-2, pp. 116-129.

- FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2018): "Repensar el diseño de los procesos selectivos en el empleo público: respuestas ágiles frente a las necesidades inmediatas y fortalecimiento de la especialización de los órganos de selección", *RVOP* 14-2, pp. 95-111.

- FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2021): *Manual para la selección de empleados públicos,* 3ª edición, Wolters Kluwer, 2018.

- FONDEVILA ANTOLÍN, J. (Coordinador) (2022): *Los procesos de estabilización. Una solución definitiva o el origen de un conflicto sin fin,* El Consultor de los Ayuntamientos, Especial II.

- FUENTETAJA PASTOR, J. A. (2018): *Función Pública y Derecho Europeo,* Civitas/Thompson Reuters.

- GORRITI BOINTIGUI, M. (2018 a): "Innovar en selección desde la evidencia empírica y las nuevas competencias", *RVOP núm. 14-2,* pp. 66-85.

- GORRITI BOINTIGUI, M. (2021): "Evolución de los puestos y nuevos perfiles profesionales en la Administración Pública del siglo XXI", en Ramió Matas, C. (Coordinador): *Administración digital e innovación pública*, INAP. pp. 297-337.

- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (1989): *Políticas de selección en la función pública española*, MAP/INAP.

- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2018): "Repensar la selección de empleados públicos. Momento actual y retos de futuro", *RVOP 14-2* (Estudio Introductorio), pp. 8-29.

- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2020): "El (inaplazable) relevo generacional en las Administraciones Públicas. Desafíos en un entorno de revolución tecnológica y de crisis fiscal como consecuencia de la pandemia de 2020", *Anuario de Derecho Municipal 13*, pp. 85-131.

- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2022): "Desafíos organizativos en la gestión de fondos europeos derivados del Plan de Recuperación. Administración divisional 'versus' Administración por proyectos", *RVOP*, pp. 34-53.

- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2023): "Diez (hipó)tesis sobre el déficit de capacidades ejecutivas de las Comunidades Autónomas, en Hernández-Moreno, J., Ares Castro-Conde, C. (Coordinadores) (2023): *Administraciones territoriales para la próxima generación,* INAP.

- MAPELLI, C. (2018): "La visión comparada: nuevos sistemas de selección de la alta función pública en las democracias avanzadas", *RVOP* 14-2, pp. 32-50.

- MAURI I MAJÒS, J. (2018): "Gestión de los procesos selectivos, discrecionalidad técnica y control judicial", RVOP 14-2, pp. 112-125.

- MAURI I MAJÒS, J. (2022): "Los procesos de estabilización del personal funcionario interino en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas para la reducción de la temporalidad en el empleo público", *Los procesos de estabilización. Una solución definitiva o el origen de un conflicto sin fin,* El Consultor de los Ayuntamientos, Especial II, pp. 93-111).

- NIETO, A. (1974): "Afirmación, apogeo, decadencia y crisis de los cuerpos de funcionarios"; *Estudios sobre la burocracia española,* Instituto de Estudios Políticos, pp. 127-150.

- NIETO, A. (2008): *El desgobierno de lo público*, Ariel.

- RAMIÓ C./M. Salvador (2018): *La nueva gestión del empleo público*, Tibidabo Ediciones.

- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2020): *Derecho de la Función Pública,* Tecnos.

La carrera profesional en la Ley de Función Pública de Andalucía

Luis Miguel Arroyo Yanes

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad Pablo de Olavide

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA ESTRUCTURACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO Y LA CARRERA PROFESIONAL DEL FUNCIONARIO PÚBLICO. III. LOS DERECHOS VINCULADOS AL DESARROLLO DE LA CARRERA PROFESIONAL. IV. LA CARRERA PROFESIONAL COMO CONJUNTO ORDENADO DE OPORTUNIDADES. V. LAS MODALIDADES DE CARRERA PROFESIONAL QUE SE OFRECEN POR EL LEGISLADOR BÁSICO A LOS LEGISLADORES DE DESARROLLO Y SU CONCRECIÓN POR EL LEGISLADOR ANDALUZ. 1. La carrera profesional horizontal. 2. La carrera profesional vertical. 3. La simultaneidad de las modalidades de carrera horizontal y vertical en determinados ámbitos y sus consecuencias. VI. MODALIDADES DE PROMOCIÓN INTERNA. 1. La promoción interna vertical. 2. La promoción interna horizontal. VII. EL FOMENTO DE LA CARRERA PROFESIONAL. 1. Ofertas y convocatorias. 2. Adjudicación de destinos. 3. Cursos y actividades formativas. VIII. LA CARRERA PROFESIONAL DE LOS FUNCIONARIOS INTERINOS. IX. LA CARRERA PROFESIONAL Y EL DERECHO DISCIPLINARIO. X. REFLEXIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN

Dentro del programa de reformas que aborda el EBEP de 2005 (ahora TREBEP de 2015) la carrera profesional ocupa un lugar central y, puede afirmarse, que constituye uno de los ejes del proceso de cambio y renovación que postulan sus redactores ([1]). Según nos adelanta su Exposición de Motivos "… además, en estas materias

[1] . Sobre la nueva configuración de la carrera en el EBEP, aparte de los trabajos de J.A. Fuentetaja Pastor y M. Férez Fernández que citaremos más adelante, deben de consignarse los de A. PALOMAR OLMEDA."Derecho a la carrera y promoción interna", en M. SÁNCHEZ MORÓN (dir.) *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*. Valladolid, Lex Nova, 2007, pp. 199-225, y C. GALINDO MEÑO. "La carrera profesional y la evaluación del desempeño en el nuevo EBEP", en L. ORTEGA (dir.). *Estatuto Básico del Empleado Público.* Madrid, La Ley, pp. 205-250. Asimismo, y para encuadrar sus presupuestos en un

es preciso introducir algunas otras reformas, que pretenden mejorar la eficacia del sistema y los estímulos y expectativas de los funcionarios. Si imponerlo a todas las Administraciones Públicas, el Estatuto Básico permite que se configuren modelos de carrera horizontal, desvinculada de los cambios de puesto de trabajo y basada en el desarrollo de las competencias y en el rendimiento". Más adelante se sigue diciendo: "pero, a su vez, resulta necesario facilitar la promoción interna de todos los empleados que adquieran las competencias y requisitos necesarios para progresar en su carrera, desde los niveles inferiores a los superiores, de manera que no se limiten las oportunidades de quienes tienen interés y deseo de alcanzar con su dedicación y esfuerzo las mayores responsabilidades" ([2]). Pues bien, sobre esa base, el Parlamento andaluz, si estamos al contenido de su Exposición de Motivos, ha articulado en la nueva ley 5/2023, de 7 de junio, de Función Pública de Andalucía, una respuesta a estas cuestiones que quedan polarizadas en la problemática de la carrera profesional, ya que entre "los objetivos prioritarios de esta norma" figura: " a) Actualizar la regulación de la función pública de la Junta de Andalucía, en el marco de la legislación estatal de carácter básico, lo que conlleva, entre otros avances, implementar la carrera profesional horizontal, para el reconocimiento del desarrollo profesional sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo". Y continúa dicha Exposición subrayando entre sus objetivos principales otros dos más "d) Establecer criterios estratégicos que permitan procedimientos de provisión y movilidad más ágiles, entre ellos una modalidad de concurso abierto y permanente"; y "e) Reforzar la formación, el aprendizaje permanente y la acreditación de competencias, para la mejora de la Administración y el progreso de la sociedad, la recualificación de las personas para su adaptación a las nuevas necesidades de los servicios que se prestan a la ciudadanía, y el desarrollo de la carrera profesional" ([3]).

Se trata, como vemos de declaraciones vinculantes que han de tener su recorrido en los articulados de estos dos textos legales, declaraciones que debemos apuntar se encuentran en línea con las que efectúan otros documentos más internacionales

panorama mucho más amplio, vid. J.C. QUESADA LUMBRERAS. *La carrera profesional en el sistema de empleo público español: modelos, análisis y propuestas.* Cizur Menor, Thomsom Reuters-Aranzadi, 2015.

[2] Sigue teniendo vigencia a pesar de los casi veinte años de su elaboración el Informe del Comité de Expertos de 2005, que dirigió el profesor M. Sánchez Morón y que se encuentra detrás de muchos de los avances y renovaciones conceptuales que el EBEP propugna. Su calidad y apego a la realidad permite sostener que sigue siendo una fuente de primer nivel para cuantos se acerquen por vez primera al análisis de los problemas del empleo público en nuestro país y a, como nosotros, continuamos estudiándolos desde tiempo atrás. Pocos han sido los reconocimientos que este documento ha tenido a pesar de sus merecimientos y lo que tiene de aporte de base segura de la que partir para las nuevas generaciones de investigadores en relación con estas materias.

[3] Es decir, de los siete objetivos prioritarios de los que se parte cuatro (si incluimos en este grupo el capítulo autónomo del personal directivo) estarían interconectados con la problemática de la carrera profesional de los funcionarios públicos.

en los que la potenciación de la carrera profesional ha recalado en sus múltiples vertientes ([4]).

A fin de dotar de cierta profundidad a nuestra exposición creemos que un buen enfoque del tema objeto de análisis tendría que tener la vista puesta (y al propio tiempo) tanto en las determinaciones que ha establecido el legislador básico en relación con la carrera profesional -pues no cabe olvidar que estamos ante un texto legal que supone el desarrollo del EBEP en la Comunidad Autónoma de Andalucía-, como en las previsiones que, pasando a integrar el Derecho propio de Andalucía en esta materia, materializa ese marco jurídico rector en el régimen que, ya en concreto, se proyectará jurídicamente junto al régimen básico a los empleados públicos andaluces. Es decir, hemos de ser conscientes de que estamos ante un grupo normativo interdependiente y en el que la ley básica, con su uniformidad, y la ley de desarrollo, con su posible aporte de diversidad cuando así lo permita aquella, van de la mano. Y ambos textos forman un continuum inescindible dado que se retroalimentan entre sí, como si de un todo se tratara.

A nuestro juicio son varios los aportes que se producen en ambos textos legales y que, de acuerdo con un enfoque crítico, deben ser destacados desde un primer momento:

a) Por vez primera encontramos recogida en una legislación básica una concepción global y completa de la figura de la carrera profesional ([5]). Si bien esta concep-

[4] Es este el caso de la Carta Iberoamericana de la Función Pública de 2003 en cuyos puntos 37 a 41 encontramos los siguientes enunciados: "37. Los sistemas de función pública deben incorporar mecanismos que favorezcan y estimulen el crecimiento de las competencias de los empleados públicos, mantengan alto su valor de contribución y satisfagan en lo posible sus expectativas de progreso profesional, armonizando estas con las necesidades de la organización. 38. La carrera profesional de los empleados públicos será facilitada por regulaciones flexibles, que eliminarán en lo posible las barreras o limitaciones formales. Se crearán fórmulas alternativas a las carreras meramente jerárquicas, basadas en el reconocimiento del crecimiento y la excelencia profesional, sin necesidad de incrementar la autoridad formal del personal afectado. 39. La promoción a puestos de trabajo de nivel superior deberá basarse en la valoración del rendimiento, el análisis del potencial y el desarrollo de competencias. Se utilizarán para ello instrumentos dotados de la mayor objetividad posible, que reduzcan los riesgos de arbitrariedad, nepotismo o clientelismo en tales procesos. 40. Los empleados públicos deberán recibir la capacitación adecuada para complementar su formación inicial o de acceso, para adaptarse a la evolución de las tareas, para hacer frente a déficits de rendimiento, para apoyar su crecimiento profesional y para afrontar los cambios organizativos. 41. La formación de los empleados públicos deberá desarrollarse mediante planes diseñados para apoyar prioridades claras de la organización, en el marco de las políticas globales, y basarse en diagnósticos fiables de necesidades. La inversión en formación debe ser objeto de evaluación, que se extenderá a la apreciación de los aprendizajes producidos, la satisfacción de los participantes, la relación entre resultados y costos y el impacto sobre el rendimiento de las personas en sus puestos de trabajo".

[5] El nuevo régimen estatutario puede confrontarse con la legislación anterior, la de la Ley de Medidas de 1984, que adolecía, precisamente de un enfoque incompleto e inefectivo. Sobre este texto legal,

ción que es, en su planteamiento de partida y en sus consecuencias, excesivamente abierta no puede negarse que existe una apuesta porque el cuadro que se ofrece quede prefigurado del modo más completo posible. Otra cosa es que, como consecuencia de la intervención de los legisladores de desarrollo, con la que se cuenta, y de la desafortunada concepción de partida, no necesariamente ello tenga por qué repercutir en términos positivos sobre cada uno de los elementos que lo integran ni sobre todo el conjunto, según veremos seguidamente. De acuerdo con ello encontramos la carrera profesional en sus distintos elementos integrantes a lo largo y ancho de todo el articulado del TREBEP: derechos individuales, en el capítulo que le está dedicado específicamente, en relación con las retribuciones y las situaciones administrativas, en la estructuración interna del empleo público, en el capítulo dedicado al Derecho disciplinario, recogiendo una de las peticiones de los estudiosos de que el demérito y la degradación apareciera como una de las sanciones a imponer a los funcionarios infractores como expresión de la existencia de la carrera administrativa, etc. Con este esquema se identifica totalmente el legislador andaluz y tendremos que examinar en este punto como se acoplan sus determinaciones con las establecidas en el TREBEP, tarea que nos permitirá fijar el alcance de todo este capítulo normativo.

b) El planteamiento que se hace de la carrera profesional en el EBEP, y al igual que sucede con otras figuras propiamente funcionariales, aparece contagiada del nuevo espíritu vivificador de la vieja función pública profesional, vinculado a la que podemos conceptuar como moderna gestión de recursos humanos. Dentro del cambio de cultura que se postula en este inicio de siglo, la ordenación de la carrera profesional ocupa un lugar significado, y ya no se trata de algo que venga recogido porque ha de estar regulado para rellenar un capítulo normativo. Ahora existen elementos suficientes para defender con el profesor M. Férez Fernández el juicio de que a la Administración empleadora le interesa especialmente también la carrera de sus funcionarios y que ésta, que habrá de acompañar toda la vida laboral de los mismos, ya no puede desarrollarse de espaldas a la propia organización empleadora, sino que ha de producirse con su implicación, esto es, bajo las directrices e impulsos de la misma ([6]).

c) Flexibilidad y discrecionalidad pasan a ser dos de las señas de identidad de la ordenación de la carrera profesional en el EBEP. Frente al esquema extremadamente

vid. nuestro trabajo *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*. Valencia, Tirant lo blanch, 1994, y la bibliografía en él citada.

[6] Vid. sus trabajos *La carrera administrativa: nuevas perspectivas*. Barcelona, Diputación, 2006; "La carrera profesional", en S. DEL REY GUANTER (dir.). *Comentarios al Estatuto del Empleado Público*. Madrid, La Ley, 2008; y su Ponencia sobre la Carrera profesional en el Ciclo de Conferencias *Administración local y Estatuto Básico del Empleado Público*, organizado por la Escola d´Administraciò Publica de Catalunya y celebrada en Barcelona el 12 de junio de 2007.

rígido imperante bajo la Ley de Medidas de 1984-1988 se abre ahora ante nosotros un marco de disponibilidad y de pocos límites en algunos de los elementos de base de la ordenación de la carrera profesional, y de surgimiento de nuevos ámbitos para el ejercicio de la discrecionalidad administrativa que pueden llegar a pugnar abiertamente con los enfoques tradicionalmente mantenidos en esta materia. De este modo asistimos a un movimiento pendular bien conocido conforme al cual lo que ayer era fuerte rigidez hoy es gran flexibilidad. En este sentido, tendremos que examinar de qué manera el legislador andaluz se ha servido de las posibilidades de conformación normativa que le ha abierto el EBEP y si ha sabido aprovechar convenientemente el plan de desarrollo original que le aperturiza el texto estatutario para su desarrollo.

Estos tres ejes del planteamiento legal estatutario de la carrera profesional deberían ser los hilos conductores para la comprensión de cuanto expondremos seguidamente y de acuerdo con ellos nos centraremos en lo que, a estos efectos, prevea el legislador andaluz.

II. LA ESTRUCTURACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO Y LA CARRERA PROFESIONAL DEL FUNCIONARIO PÚBLICO

Tiene razón el profesor Jesús Fuentetaja Pastor cuando señala que "el capítulo dedicado a la estructuración del empleo público es donde más claramente se observa el alcance de la reducción de la intensidad de la legislación básica. Y es lógico, si se parte de la premisa de que los elementos de la Función Pública más conectados con la organización administrativa deberán ser definidos por cada Administración en el ejercicio de su potestad de autoorganización. Salvo en lo relativo a los grupos de clasificación profesional, el EBEP apenas dice nada sobre la estructuración objetiva o subjetiva del empleo público, permitiendo que las Leyes de Función Pública de desarrollo configuren sus modelos propios basándose en elementos objetivos (puestos de trabajo), subjetivos (funcionarios) o en ambos" (7). Por lo tanto, un aspecto de la regulación del empleo público, trascendental para la propia articulación de la carrera profesional y mediante el que queda fijado el que pudiéramos conceptuar como fundamento mismo de la carrera administrativa en sentido estático, esto es, el entramado estructural que vertebrará la carrera profesional en sentido dinámico que se plasmará en las distintas vías mediante las que los empleados públicos progresan queda abierta y, en consecuencia y a diferencia de lo que sucedía con la legislación

7 Vid. "Estatuto básico y carrera funcionarial", E. LINDE PANIAGUA (dir.). *El Estatuto Básico del empleado público y su desarrollo por el Estado y las Comunidades Autónomas*. Madrid, Colex, 2008, pp. 155-177, esp. pp. 166-167.

básica anterior, no se impone ningún modelo estructurante definitivoa los legisladores de desarrollo ([8]).

En este punto que estamos tratando –aunque pueda criticarse por su enorme grado de apertura- se observa una gran coherencia del legislador básico pues tan abierta queda la estructuración del empleo y de la función pública como la propia ordenación de la carrera profesional de los funcionarios públicos, cuyas modalidades también podrán concretarse para cada una de las funciones públicas afectadas con enorme libertad, a menos que se asuman las modalidades ofertadas por el legislador básico ([9]).

La nueva ley 5/2023, de 7 de junio, de Función Pública de Andalucía (en adelante LFPAnd.), va a decantarse por el mantenimiento de un modelo híbrido de estructuración, que es el que cuenta con una mayor tradición en nuestro país, ya quedó consagrado en la Ley de Medidas de 1984 y, por otro lado, es el que ha venido estando previsto en el Derecho propio de Andalucía hasta estos momentos (por medio de la LFPAnd. de 1985). Su asunción, según veremos seguidamente, implica un gran continuismo y de identificación con la trayectoria que se ha venido teniendo presente hasta ahora en el empleo público de las Administraciones públicas de Andalucía.

Tanto por la ley básica como por la ley andaluza de función pública se utiliza una doble perspectiva estructuradora, objetiva o funcional de un lado, y subjetiva o personal de otro ([10]); se trata de un enfoque bien conocido en la función pública española y perfectamente aislable en sus formulaciones recientes, el puesto de trabajo y los cuerpos y escalas funcionariales. De estas bases estructurantes de partida se sirve el legislador básico para introducir una serie de novedades, todas ellas vinculantes también para el Derecho de Andalucía, en un marco de generalización y de flexibilización de esas técnicas en los términos que siguen. Vamos a verlas realizándoles anotaciones a partir de las previsiones que encontramos recogidas en la LFPAnd.

a) Desde una perspectiva objetiva o funcional, el TREBEP apela por un lado a la técnica de los puestos de trabajo y, por otro, como complemento del mismo, al que pudiéramos llamar elemento funcional; por ello puede hablarse tanto de la proble-

[8] Para la distinción entre carrera en sentido estático y en sentido dinámico, vid. nuestro libro *La carrera administrativa de los funcionarios públicos.* Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.

[9] Si bien, si se opta por el menú dispositivo que ofrece el legislador básico a los legisladores de desarrollo habrá de aceptarse el régimen expuesto por ese legislador. Volveremos sobre este punto más adelante.

[10] Se trata de un doble enfoque bien conocido y que tiene algo de académico, ya que supone una abstracción de elementos estructurantes presentes en la mayor parte de las funciones públicas y que permite fijar modelos a partir de la presencia de los mismos en los sistemas legales.

mática del desempeño de los puestos de trabajo y las funciones encomendadas como de la que presenta la denominada agrupación de los puestos de trabajo ([11]).

Asimismo, se incorpora una nueva versión de los instrumentos de ordenación de los puestos de trabajo que ya no son necesaria y obligatoriamente relaciones de puestos de trabajo estandarizadas para todas las organizaciones públicas sino que, en un marco de mayor flexibilidad, pueden ser estas u "otros instrumentos organizativos similares" las que ordenen los puestos de trabajo (lo que incluiría los denominados catálogos de puestos de trabajo o modalidades de relaciones de puestos con menor grado de intensidad y de exigencia en su formulación). Todos estos instrumentos poseerán por determinación básica un contenido mucho más esquemático que el que venían teniendo desde su surgimiento las RPT (si bien no en sus últimas formulaciones legales) pues "comprenderán, al menos, la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias" ([12]).

El legislador andaluz de función pública le da también una notable importancia al puesto de trabajo ya que lo asume como la "unidad básica de la estructura del empleo público, cuya ordenación estará basada en los principios de eficacia, jerarquía, descentralización funcional, desconcentración funcional y territorial, eficiencia, racionalidad organizativa, coordinación y trabajo en equipo" (artículo 104.1). Y como novedad, de gran interés se incorpora un elemento flexibilizador, y de gran utilidad operativa, ya que "se podrán superponer estructuras provisionales y complementarias a los puestos de trabajo vinculadas a actuaciones, proyectos o programas organizados entre órganos directivos distintos" (art. 104.2). Respecto al régimen de las relaciones de puesto de trabajo la LFAnd. detalla en el apartado 3 y ss. un tratamiento mínimo de las mismas, ya que serán las disposiciones reglamentarias las que regularán sus detalles.

b) Desde una perspectiva subjetiva o personal el legislador básico toma como base los tradicionales cuerpos y escalas funcionariales para, ampliando su espectro ("cuerpos, escalas, especialidades u otros sistemas que incorporen competencias, capacidades y conocimientos comunes acreditados a través de un proceso selectivo") plantear la existencia de unas agrupaciones de funcionarios que toman ese procedimiento selectivo común como referente existencial ([13]). Para dichas agrupaciones

[11] Hemos detallado nuestras opiniones en relación con este capítulo en "La ordenación de la actividad profesional en el Estatuto Básico del Empleado Público: Planificación de Recursos Humanos y Estructuración del Empleo Público", en E. LINDE PANIAGUA (dir). *El Estatuto Básico*… Ob. cit., pp. 203-253.

[12] Ibíd.

[13] El artículo 75 establece en su apartado primero que "los funcionarios se agrupan en…", lo que supone que cualquier funcionario público pertenece por definición a una agrupación de funcionarios,

el legislador básico establece una garantía especial en forma de reserva de ley, pues dichas agrupaciones según establece el artículo 75.2 "se crean, modifican y suprimen por Ley de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas" ([14]).

La nueva LFAnd. en su artículo 100, y aprovechando la cobertura que le da el EBEP establece que el personal funcionario de la Administración de la Junta de Andalucía se agrupa en cuerpos, escalas y especialidades y, en su caso, opciones. De tal modo que a la estructura que tradicionalmente se ha venido teniendo en cuenta en la función pública española (de cuerpos y escalas) se le añaden ahora las especialidades en los cuerpos, que surgen de la particularidad de las funciones a desarrollar o de la titulación o titulaciones específicas exigidas para su ingreso; a las que cabe sumar, como último elemento estructural, las opciones en las especialidades. Los cuerpos, escalas, especialidades y, en su caso, opciones se crean, modifican y suprimen por ley ([15]).

Finalmente, sólo cabe recordar que todo este capítulo entra de lleno en el ejercicio de la potestad de autoorganización de las Administraciones públicas y, en razón del reconocimiento que el legislador básico hace de ella, deben de ser dichas organizaciones las que, en el marco de la legislación de desarrollo del EBEP, en nuestro caso la LFPAnd. concretarán en normas de estructuración y decisiones de operatividad el régimen aplicable en cada caso. Dentro de ese marco habrá de conformarse el protagonismo que se le va a dar a cada uno de los instrumentos de ordenación.

agrupación para la que es seleccionado en común con los restantes integrantes de la misma.

[14] Las referidas agrupaciones funcionariales se ordenan a su vez en Grupos de clasificación profesional, según la titulación exigida para el acceso a cada una de ellas, siguiéndose aquí el modelo, ya conocido, implantado por la Ley de Medidas de 1984, si bien con algunas modificaciones producidas por los cambios sufridos por el sistema de titulaciones y la posibilidad de que dicha clasificación coexista con otras agrupaciones profesionales sin requisito de titulación, esto es, para cuyo acceso no se exija estar en posesión de ninguna de las titulaciones previstas en el sistema educativo Remitimos al lector a la lectura del artículo 76 y a la Disposición Adicional Séptima del TREBEP.

[15] Tras estos apartado primero y segundo del artículo 100, el tercero establece que "las normas de creación de cuerpos, escalas, especialidades y, en su caso opciones establecerán como mínimo: a) La denominación del cuerpo, escala, especialidad y, en su caso, opciones; b) El subgrupo o grupo, en el supuesto de que este no tenga subgrupo, en el que se clasifica el cuerpo, escala, especialidad y, en su caso, opciones; c) Las funciones básicas que deba desempeñar el personal que lo integra, las cuales no podrán corresponderse con las atribuidas a los órganos de la Administración; d) El nivel académico o la titulación o titulaciones concretas exigidas para el ingreso. No obstante lo anterior, cuando se aprueben nuevas titulaciones oficiales o se produzcan modificaciones en la estructura o nivel de las enseñanzas, el Consejo de Gobierno podrá establecer los efectos que para el ingreso tendrán las titulaciones o niveles académicos de nueva creación.

III. LOS DERECHOS VINCULADOS AL DESARROLLO DE LA CARRERA PROFESIONAL

La primera cuestión que nos presenta el legislador básico (y, por extensión según veremos el legislador de desarrollo andaluz, que le dedica una atención similar), siguiendo así una secuencia lógica en la que primero se habla de los derechos individuales y después de su concreción, es la de la posición que ocupan dentro del cuadro general los derechos vinculados al desarrollo de la carrera profesional.

A diferencia de lo que sucedía bajo el régimen anterior en el que resultaba difícil encontrar declaraciones jurídicas generales en materia de derechos vinculados a la carrera profesional, ha de admitirse que el legislador básico ha sido bastante generoso a la hora de reconocer la existencia de una serie de derechos que se proyectan sobre este instituto jurídico, que contribuyen, además a conformarlo al situarse en su propia base de sustentación.

Como ya destacamos en su momento, y puede seguir defendiéndose hoy, no hay carrera sin derechos, ni tampoco derechos propiamente dichos un verdadero cuadro de derechos sin derecho a la carrera y por ello, sobre este convencimiento el EBEP y la LFPAnd., creyentes desde un principio en la necesidad de articular la carrera profesional de los funcionarios civiles, se ha pronunciado en términos incontestables al reconocer, explícitamente, entre otros derechos, los siguientes ([16]):

- el derecho a la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera (art. 14 a TREBEP y art. 28.1 a, LFPAnd).

- Al desempeño de funciones o tareas de acuerdo con la progresión alcanzada en su carrera profesional (art. 14 b TREBEP y art. 28.1 b LFPAnd).

- A 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 (art. 14 c TREBEP y art. 28.1 c LFPAnd).

- A la formación continua y a la actualización permanente de sus conocimientos y capacidades profesionales, preferentemente en horario laboral (art. 14 g

[16] Como puede observarse de su lectura no todos ellos aparecen recogidos en el artículo 14 que menciona sólo algunos de los derechos individuales de los empleados públicos, lo más destacados. Hemos rehuido recoger aquí una enumeración de derechos que pueden extraerse del régimen legal (por ejemplo, derecho a formar parte de una agrupación personal de funcionarios; a no ser degradado en la carrera por demérito sino a por medio de expediente disciplinario, etc.).

TREBEP y art. 28.1 g LFPAnd.), promoviendo las Administraciones, a efectos de viabilizar las carreras de sus funcionarios, la actualización y perfeccionamiento de la cualificación profesional de los mismos (art. 16.2 TREBEP).

- A la promoción profesional (art. 16.1 TREBEP).

- La continuidad en el puesto de trabajo obtenido por concurso vinculada a la evaluación del desempeño (art. 20.4 TREBEP) y su reasignación en caso supresión o remoción, o cese en el caso de que se haya obtenido por libre designación, de acuerdo con el sistema de carrera profesional propio de cada Administración pública y con las garantías inherentes a dicho sistema (artículos 79.3 y 80.4 TREBEP).

- El derecho de los funcionarios a la movilidad (art. 81.1 TREBEP) ([17]).

Pero este cuadro tan extenso no debe llevarnos a pensar que nos encontramos ante un conjunto de derechos subjetivos perfectos, de derechos acabados e incondicionados como pueden serlo los que son calificados de ese modo. Se trata, más bien, de derechos condicionados que no generan, por lo tanto, auténticas posiciones de fuerza en los funcionarios, o empleados públicos, que los tienen reconocidos. Nos encontramos pues, ante derechos vinculados a expectativas que han de concretarse en cada caso, situaciones jurídicas que fructificarán o no en función de unas circunstancias que se suponen habrán de darse, aunque no necesariamente. Son, en última instancia, de derechos enteramente dependientes del modo en el que, en su caso, operen los sistemas (de evaluación y de carrera profesional, principalmente), las garantías jurídicas previstas para que actúen exclusivamente dentro de su marco de actuación concreto y, en general, el tratamiento jurídico que se haga de ellos por parte de los legisladores y reglamentadores de desarrollo ([18]).

En suma, al limitarse el legislador básico y el legislador de desarrollo andaluz, a un mero reconocimiento, profundamente principialista, de esos derechos, queda trasladado el debate al modo en el que quedarán concretados los mismos, garantizando, aunque sea muy esquemáticamente, una posición de defensa para ellos, pues evidentemente, llegado el caso, habrán de tener un contenido por muy mínimo y condicionado que sea.

[17] A estos derechos cabe sumar otros reconocidos por el legislador andaluz a los que haremos referencia en sede del examen de las modalidades de carrera.

[18] Dado que la evaluación del desempeño será tratada específicamente más adelante será entonces cuando profundicemos más sobre esta cuestión.

IV. LA CARRERA PROFESIONAL COMO CONJUNTO ORDENADO DE OPORTUNIDADES

Como subrayó el profesor M. Férez Fernández, al poner en valor la declaración que el legislador básico efectúa a la hora de ofrecer una definición de qué ha de entenderse por carrera en el nuevo régimen que se abre con la ley 7/2007, de 12 de abril, reguladora del EBEP ([19]), estamos ante una definición que pudiera quedar confundida, como una más de las descripciones legales de la carrera profesional de los funcionarios públicos (pues hablar de ella como "conjunto de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad", es recoger una de las muchas conceptuaciones posibles de la carrera), dicha definición legal ofrece un aspecto que la hace diferente y que le confiere una enorme potencialidad de futuro. El conjunto de oportunidades de las que habla el legislador básico, y esto es lo realmente relevante, constituye un conjunto "ordenado", esto es, recae sobre la propia organización empleadora, el ordenar y ofrecer a sus propios funcionarios ese conjunto de oportunidades de ascenso y expectativas de las que nos habla el articulo 16.2. Ya no estamos, en consecuencia, en el mismo contexto en el que nos encontrábamos bajo la legislación anterior al EBEP en la que el funcionario debía, por sí solo y sin ninguna o con muy poca ayuda, abrirse paso en su carrera sin más recursos que sus propias fuerzas y su capacidad para vislumbrar el camino a seguir a la luz de las oportunidades que pudiera detectar individualmente. Ahora se impone una ordenación, un orden que deberá de ser estipulado por la propia Administración empleadora y que habrá de brindarle al funcionario, desde que se incorpora al trabajo, unos itinerarios, unas vías, que sirvan para hacer realidad unos derechos legítimos que no son meras oportunidades y expectativas teóricas de ascensos y progresos profesionales sino algo más profundo y de mayor consistencia material.

Ni que decir tiene que este hecho constituye un punto de avance notable en la evolución sufrida por el tratamiento de la carrera administrativa y en este punto el legislador ha sabido ofrecer un enfoque renovado de qué ha de entenderse por carrera en las nuevas circunstancias y qué alcance tiene una declaración de esta naturaleza para los organismos empleadores y, lógicamente, para lo funcionarios afectados.

De acuerdo con el profesor M. Ferez Fernandez de la definición referida podemos extraer dos elementos: el primero de carácter organizativo, de acuerdo con

[19] En concreto en sus trabajos *La carrera administrativa: nuevas perspectivas*. Barcelona, Diputación, 2006; "La carrera profesional", en S. DEL REY GUANTER (dir.). *Comentarios al Estatuto del Empleado Público*. Madrid, La Ley, 2008; y su Ponencia sobre la Carrera profesional en el Ciclo de Conferencias *Administración local y Estatuto Básico del Empleado Público*, organizado por la Escola d´Administraciò Publica de Catalunya y celebrada en Barcelona el 12 de junio de 2007.

el cual se objetivan las oportunidades y encauzan las expectativas de ascenso identificando el punto de partida (Disposición Adicional Décima del EBEP), así como el posible punto de llegada, lo que implica acotar los límites de la carrera profesional; el segundo aspecto sería de naturaleza jurídica y de acuerdo con él el encauzamiento de las expectativas de progreso profesional debe realizarse respetando los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha venido considerando como los únicos aplicables en la fase de acceso pero que, sin embargo, desde principios de los años noventa ha entendido que juegan con menos "intensidad" en la fase de carrera, permitiendo la utilización de criterios ajenos al mérito y la capacidad ([20]).

Una forma de encauzar las expectativas de hacer carrera del funcionario serían los denominados itinerarios o rutas profesionales y los planes de carrera, que se desarrollan a partir del mapa de puestos existentes en la organización y de acuerdo con el cual se traza un mapa de itinerarios para cada empleado previo compromiso del mismo con las acciones orientadas a mejorar su ejercicio profesional ([21]).

El legislador andañuz asume en su artículo 50 la idea de carrera como conjunto de oportunidades, en los mismos términos que el EBEP, pero no ha profundizado, según creemos, mucho más de momento en el establecimiento de mecanismos tendentes a materializar esa idea rectora ([22]).

V. LAS MODALIDADES DE CARRERA PROFESIONAL QUE SE OFRECEN POR EL LEGISLADOR BÁSICO A LOS LEGISLADORES DE DESARROLLO Y SU CONCRECIÓN POR EL LEGISLADOR ANDALUZ

Como hemos avanzado ya el legislador básico, gracias a una desafortunada enmienda aprobada durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley del EBEP en el Congreso de los Diputados, ha conferido una apertura –además, en grado máximo- del régimen de la carrera pues, frente a las cuatro modalidades previstas inicialmente como esquema cerrado que se ofrece, caben "otras", que ni son nombradas, ni diseñadas mínimamente, quedando las cuatro previstas (carrera hori-

[20] Vid. "La carrera profesional", en S. DEL REY GUANTER (dir.). *Comentarios al Estatuto*… Ob. cit., pp. 272-273.

[21] Y que ya han sido experimentados en el municipio barcelonés de Manlleu bajo el régimen de la Ley de Medidas, sobre esta cuestión M. FÉREZ FERNÁNDEZ. *La carrera administrativa*… Ob. cit., pp. 81-86. Y a las que algunas leyes de desarrollo del EBEP hacen también referencia: como es el caso, por ejemplo, de la ley 2/2015, de 29 de abril del empleo público en Galicia, en su artículo 76.

[22] Aunque haya títulos enteros de cierto interés a este respecto como el IV dedicado a la formación, el aprendizaje y a la acreditación de competencias.

zontal, carrera vertical, promoción interna vertical y promoción interna horizontal) como meros ejemplos posibles en un marco de amplísima libertad reconocida a los legisladores de desarrollo ([23]).

Puede que por comodidad, pues el esquema ofrecido por el legislador básico es parcialmente continuista con la legislación heredada, o bien por el fenómeno de imitación que se produce frente a las primeras regulaciones que suelen salir del obrador legislativo de desarrollo, las modalidades de carrera previstas pueden tener un recorrido mayor que el que la pura literalidad del artículo 16.3 puede hacer prever, máxime cuando el proyecto de ley del EBEP de 2007 y sus antecedentes fueron muy difundidos, por lo que las cuatro modalidades de carrera han quedado mucho más interiorizadas que las innominadas, completamente desconocidas todavía hoy y que pueden tener un recorrido menor, al menos en el medio plazo ([24]).

Por ello resulta obligado examinar en primer término las modalidades de carrera a las que si se refiere el legislador básico. Aunque la descripción que se efectúa de cada una de ellas puede entenderse que cumple su misión de fijación conceptual, no sucede lo mismo con la terminología empleada pues tan vertical es la llamada carrera horizontal como la vertical propiamente dicha, pues ambas implican una progresión hacia los niveles más altos, y lo único que sucede es que en un caso la progresión se efectúa por medio de las categorías personales y en el otro a través de la sucesiva ocupación de puestos de trabajo. Así vista la imprecisión terminológica resulta criticable y desmerece, a nuestro juicio, la operación jurídica que intenta acometerse. Asimismo, ha de destacarse el hecho de que las cuatro modalidades de carrera que se recogen en el artículo 16 son, si se hace el esfuerzo de engarce con la legislación básica anterior, de una enorme continuidad pues, si excluimos la novedad de la denominada carrera horizontal, las concepciones sustentadoras de las restantes modalidades arrancan del ordenamiento vigente en la Ley de Medidas de 1984: carrera mediante la sucesiva ocupación de puestos de trabajo, promoción interna como paso de un Cuerpo o Escala a otro Cuerpo o Escala de Grupo de titulación superior, y promoción a Cuerpos o Escalas del mismo Grupo de titulación. Visto desde una perspectiva histórica más amplia implica la suma de "lo viejo", la carrera basada en un sistema de categorías personales con "lo nuevo" tipificado de la forma apuntada en la legislación vigente desde 1984 ([25]).

[23] Nos referimos a la enmienda número 453 planteada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió).

[24] Aunque dependiendo del éxito o fracaso de las fórmulas que se vayan planteando se producirán o no el conocido fenómeno de imitación normativa a que nos tiene acostumbrada la legislación autonómica.

[25] Si bien esta opinión ha de matizarse como haremos seguidamente.

Dicho esto, estamos ya en condiciones de entrar en el examen de cada una de las modalidades de carrera que han sido previstas por el legislador básico para que estén operativas en el nuevo cuadro legal y ver el modo en el que el legislador andaluz ha recepcionado las mismas.

1. La carrera profesional horizontal

En este caso nuestra exposición sobre el régimen que tiene la carrera horizontal en la LFPAnd va a contar con una introducción en la que vamos a examinar primero la forma en la que ha acogido esta formulación de carrera el TREBEP, de tal modo que podamos profundizar, bajo ese tratamiento encuadrador, el régimen que va a tener esta modalidad de carrera en la función pública de Andalucía.

Se trata de una forma de carrera que, puede decirse, constituye la gran innovación del EBEP en este campo y, cabe añadir, parece pensada para su aplicación en la Administración local, en muchas de cuyas organizaciones las llamadas carreras verticales son difíciles de encauzar por falta de puestos suficientes y donde muchos funcionarios vienen vistas frustradas sus legítimas expectativas de mejora. Es definida como una modalidad de carrera que consiste en la progresión dentro de un sistema de categorías personales, o de elementos que hagan sus veces (grados, escalones, u otros conceptos análogos), sin necesidad de que el funcionario cambie al propio tiempo de puesto de trabajo ([26]). Comporta, por lo tanto, que con carácter previo se le haya asignado a cada uno de los funcionarios que se encuentren en el ámbito en el que se implante una categoría personal, esto es, una posición dentro de una escala numerada o nominada en la que cada uno de los niveles reconocido guarda conexión con los demás conforme al principio de progresión (de menos a más).

Sin embargo, constituiría una gran simplificación ignorar que de lo que se trata esencialmente es de que el funcionario profundice en el desempeño del mismo puesto de trabajo, con los correspondientes reconocimientos formales de categoría e incremento retributivo. Como se ha expuesto esta modalidad de carrera "…busca incentivar el conocimiento experto de los trabajadores/as, estableciendo un sistema que fomente la continuidad de las personas con buen desempeño en un puesto de trabajo, minimizando el riesgo de que dicho conocimiento experto se pierda por cambios de puesto, provocado, normalmente, por la ausencia de alternativas distintas de la promoción jerárquica. El modelo de carrera horizontal busca la capitalización de los conocimientos adquiridos mediante el trabajo diario…" (M. Gorriti Bontigui) ([27]).

[26] Artículo 16.3 a) del EBEP.

[27] Vid. M. GORRITI BONTIGUI-F. TOÑA GÜENAGA. "El nuevo modelo de Organización y Recursos Humanos en la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco". Revista *Presupuesto y Gasto Público*, 41 (4), 2005, pp. 244-270, esp. p. 265.

La propia Comisión de Expertos en su Informe de 2005 era de un parecer similar cuando declaraba que "debe entenderse por promoción horizontal, en el sentido aquí expuesto, el reconocimiento por parte de la organización del desarrollo profesional de sus empleados, cuando aquélla no implique el acceso a un puesto de trabajo, distinto del que venía ocupando" y, concretando esta idea de partida, que "la promoción horizontal debe de estar vinculada en estos casos al desarrollo de competencias relacionadas con el puesto de trabajo, manifestado en el rendimiento del empleado y acreditado en la forma específicamente prevista para ello" ([28]).

En el fondo de todo la articulación de la carrera horizontal supone, en su estructuración, la recuperación del sistema tradicionalmente utilizado en la función pública española para articular la carrera profesional, ahora renovado, como hemos visto, a partir de la concepción que se tiene del puesto de trabajo y de su progresión en las utilidades del mismo ([29]).

Mediante la articulación de un sistema de categorías personales (grados, categorías, o escalones de ascenso) y la fijación de una remuneración distinta –aunque no se diga esto parece indudable y ha de entenderse como algo implícito en su formulación- y ascendente de menor a mayor categoría, los funcionarios insertos en los ámbitos donde haya quedado implantada esta modalidad de carrera podrán desarrollarla a través de la asignación sucesiva de nuevas categorías personales, lo que se producirá, lógicamente, a lo largo del tiempo que mantengan su relación con la Administración empleadora ([30]).

Sin ofrecer un esquema acabado, pues las reglas que se establecen lo son "entre otras" posibles, el legislador básico ha fijado algunas de las que de modo obligado habrán de tomarse en consideración por los legisladores de desarrollo que la adopten.

Lógicamente, aparte de la cuantía retributiva que se establezca para cada categoría concreta –cuestión que queda remitida al modo en que se especifique el régimen de retribuciones en cada caso- la cuestión principal es la de cómo habrán de producirse los avances en la misma y si puede haber también retrocesos de categoría, esto es, desprogresiones. Sobre este conjunto de cuestiones el legislador básico única-

[28] Punto 46 del indicado Informe: *Una nueva carrera administrativa articulada en torno al desempeño del puesto de trabajo y al desarrollo de las competencias de los empleados públicos*.

[29] Y que se mantuvo en pie hasta la reforma de 1963-1964 en la función pública española (no sólo en la ministerial). Para la indagación histórica nos remitimos a la bibliografía ya citada en nota 2 de este trabajo.

[30] "Las Administraciones deberán establecer –señalaba el Informe de la Comisión de Expertos- la compensación retributiva diferenciada que corresponde a cada una de las categorías o escalones de progresión profesional que se haya fijado.

mente ha establecido algunos criterios y realiza breves apuntes sobre cuales puede ser las tendencias de la regulación ulterior. Veamos cuales son esos criterios:

a) Por lo que respecta a los ascensos de categoría estos serán consecutivos, salvo excepciones, lo que implica que se aceptan los ascensos *per saltum* en ciertas circunstancias, pero no se nos dice cuales habrán de ser éstas, lo que queda a la concreción de los legisladores de desarrollo. Del mismo modo deberán de ser ellos los que definan el número de categorías generales existentes operativas en cada ámbito y si se establecen modalidades de categorías especiales dentro de ellas.

b) Nada se nos dice sobre la fijación de un período mínimo y obligatorio de permanencia en cada categoría, por lo que, incluso, se puede dar el caso de que, a pesar de ser esta previsión usual en los sistemas de carrera basadas en categorías personales, pueda no determinarse la misma por los legisladores de desarrollo, con lo que tiene este hecho de elemento distorsionador, al poder producirse carreras fulgurantes hacia las últimas categorías, con riesgos de colapso y de inutilidad para el propio sistema previsto ([31]).

c) Corresponde a las Administraciones empleadoras determinar los efectos que tendrá la evaluación del desempeño sobre la carrera horizontal (art. 20.3) ([32]). Queda a su disposición, nada menos, que la determinación de si para los avances de cada categoría se tendrá en cuenta el proceso evaluatorio del desempeño en el puesto y con qué alcance. Asimismo, habría de plantearse también si del mismo modo que la continuidad en un puesto de trabajo obtenido por concurso queda vinculada a la evolución de la evaluación del desempeño (art. 20.4), cabe aquí que la permanencia en una determinada categoría personal también se haga depender de los resultados de dicha evaluación o, en su caso, que no pueda progresarse hacia otra superior mientras no se obtenga más de una evaluación positiva o satisfactoria del desempeño que anule las insatisfactorias o negativas obtenidas con anterioridad ([33]). En cualquier caso entendemos que, para que la continuidad en la categoría personal adquirida se hiciera depender del resultado de la evaluación, esto es, para que se rompiera con

[31] Es, casi con toda seguridad por este motivo, por lo que el artículo 40 del Proyecto de ley del Estatuto Básico de la Función Pública de 1 de julio de 1999 (BOCG-Congreso de los Diputados Serie A núm. 177-1 de 5 de julio) imponía semejante obligación a los legisladores de desarrollo.

[32] Dedicaremos una atención específica a este punto cuando examinemos el régimen de la evaluación del desempeño.

[33] Aunque el silencio del legislador básico sobre tan relevante cuestión debería de entenderse como una negativa, dado el carácter abierto como queda planteado tanto el impacto de la evaluación del desempeño como las reglas reguladoras de la carrera horizontal puede entenderse que existe margen para este tipo de innovaciones. En relación con las medidas que pudieran adoptarse para presionar a los funcionarios "no satisfactorios" ha de tenerse en cuenta que el demérito ha quedado concretado como sanción disciplinaria en este EBEP y habrá de operar también en sede de carrera (art. 96.1 e).

el modelo de carrera basado en categorías, tal y como lo hemos venido conociendo hasta ahora (sistema de categorías personales consolidables) el legislador básico debería de haberlo previsto expresamente, de igual modo como sucede en relación con la continuidad del puesto de trabajo ([34]). Todo ello admitiendo la enorme dificultad de implementación que semejante solución tendría de intentar llevarse a la práctica.

Como hemos dicho queda reservada a cada Administración empleadora la determinación de los efectos de la evaluación en la carrera profesional horizontal y dichos efectos se entenderá que lo son, lógicamente, de cara a la operatividad de los ascensos (el articulo 17 b, cita explícitamente entre los criterios a considerar el resultado de la evaluación del desempeño). Y corresponde también a ellas determinar el protagonismo que habrá de tener la evaluación del desempeño, figura que creemos que ha de tener algún papel en esta modalidad de carrera pero nunca ser el eje central de la misma, al menos hasta que este instrumento esté completamente asentado en su aplicación en el ordenamiento español ([35]).

d) En relación con la valoración meritocrática de cara a la obtención de avances de categoría el legislador básico, pues descartada finalmente cualquier referencia a la antigüedad tal y como figuraba en el Proyecto de ley del EBEP presentado en las Cortes, se limita a señalar que se deberán valorar una serie de conceptos y se sobreentiende que, si se recoge esta modalidad de carrera por los legisladores de desarrollo (como va a efectuar el legislador andaluz), estarán obligados a recepcionar estos parámetros, entre otras reglas.

En efecto, se deberá valorar un conjunto de méritos medibles, centrados en actitudes y aptitudes acreditables, como la trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados, los conocimientos adquiridos, la citada evaluación del desempeño, y otros vinculados a la especificidad de la función desarrollada y la experiencia adquirida ([36]).

[34] Y ello por cuanto que, a nuestro juicio, la garantía de la continuidad comienza ya por la propia previsión estatutaria, pues el Estatuto básico, no lo perdamos nunca de vista es el elemento garantizador esencial de la carrera administrativa de los funcionarios públicos, y muy especialmente cuando se hace referencia a aspectos relevantes de la misma, como es el caso.

[35] Y pueden transcurrir décadas hasta que ello suceda.

[36] Esta referencia legal general la encontrábamos ya recogida en el Proyecto de ley de Estatuto Básico de la Función Pública de 1999, que hemos citado, de donde creemos que, por las similitudes existentes, se ha tomado como referente su redacción para confeccionar el precepto cuyo contenido estamos comentando. Así, se establecía en el artículo 40 c) de dicho Proyecto de ley lo siguiente: "se valorarán, en todo caso: la antigüedad, la trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados y los conocimientos adquiridos. Podrán incluirse, asimismo, otros méritos y aptitudes por razón de la especificidad de la función desarrollada". El artículo 17 b) del Proyecto de ley de EBEP de primeros de septiembre de 2006 establecía: "Se podrá valorar, en su caso, la trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados, los conocimientos adquiridos y el resultado de la evaluación del desempeño así como la

Esta valoración creemos que debe de ponerse en conexión con una idea reafirmada en el Informe de la Comisión de Expertos: "vincular la progresión entre las diferentes categorías (o escalones equivalentes) a la acreditación de determinados grados de competencias profesionales" ([37]). Idea que encontramos refrendada en la Exposición de Motivos cuando señala que "el Estatuto Básico permite que se configuren modelos de carrera horizontal, desvinculada de los cambios de puesto de trabajo y basados en el desarrollo de las competencias", lógicamente es en este procedimiento valorativo donde se tendrá que explicitar el nivel de competencia profesional adquirido durante el periodo fijado para ello ([38]).

Al faltar una definición general básica de qué se entiende por competencias (ni siquiera el Informe de la Comisión de Expertos de 2005 llegó a recogerla) podemos servirnos de algunas que están operativas en el Derecho del empleo público comparado, como la que define la competencia profesional como "el conjunto de conocimientos, aptitudes, valores y actitudes a los que el funcionario recurre para realizar bien las funciones que tiene asignada" (Bélgica) o como "parámetro de evaluación que traduce el conjunto de conocimientos, capacidades de acción y comportamientos necesarios para el desempeño eficiente y eficaz, adecuado al ejercicio de funciones por dirigente o trabajador" (Portugal) ([39]).

En el haber del legislador andaluz se encuentra el habernos ofrecido una definición de competencias o, por lo menos, de haberse aproximado a ella en sede de formación; en concreto en el artículo 45.3, se nos dice que "se entiende por acreditación de competencias el proceso mediante el cual se reconoce a una persona una competencia, entendida como el conjunto integrado de conocmientos, habilidades, actitudes y valores, o un conjunto de competencias, de acuerdo con el esquema de acreditación que será desarrollado reglamentariamente".

De acuerdo con todo ello, la trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados, los conocimientos adquiridos, la citada evaluación del desempeño, y otros que pudieran estar vinculados a la especificidad de la función desarro-

antigüedad. Podrán incluirse, asimismo, otros méritos y aptitudes por razón de la especificidad de la función desarrollada". Este hecho de tomar como referentes a la hora de redactar textos legales proyectos anteriores es, y ha sido, moneda corriente en las leyes de función pública que se han venido promulgando, por lo que no resulta sorprendente.

37 Vid. punto 46 del Informe referido.

38 Y explicaría la desaparición del parámetro antigüedad recogido en el Proyecto de ley durante la tramitación parlamentaria del mismo en las Cortes.

39 Tomamos la primera definición del libro de M. Férez Fernández sobre las nuevas perspectivas de la carrera, y en el este autor se extiende en consideraciones del máximo interés sobre este elemento clave del futuro del empleo público (Ob. cit., p. 69 y ss.) y la segunda de la ley portuguesa núm. 66-B/2007, de 28 de diciembre sobre gestión y evaluación del desempeño que la recoge en su artículo 4.

llada y la experiencia adquirida, no serían más que expresiones de un parámetro de evaluación en el que se recogen conocimientos, aptitudes, valores, actitudes y comportamientos que, una vez medidos a través de procedimientos objetivos y transparentes darán como resultado la acreditación de la competencia profesional suficiente para pasar de una categoría a otra.

Por último, se deberá de efectuar por parte de las leyes de desarrollo un pronunciamiento sobre la cuestión, nada irrelevante, de si el sometimiento a esta modalidad de carrera es obligatorio o voluntario para el funcionario potencialmente afectado por la misma. Si bien pueden existir razones para convertirla en obligatoria, dado que es una previsión que podría imponerse en beneficio de los interesados y también de la propia Administración local empleadora, parece más acertado plantearla desde la voluntariedad, sobre todo debido a su vinculación, aunque un grado variable de influencia regirá este punto, con la evaluación del desempeño y sus sistemas objetivos de medición. De esta forma tanto esta modalidad de carrera como la evaluación propiamente dicha ganarán en legitimidad en su aplicación.

La Ley 5/2023, de 7 de junio, de Función pública de Andalucía, presta una gran atención a esta modalidad de carrera, que se nos presenta prácticamente completa en sus perfiles. Antes de fijar su concepto legal en el artículo 52.1 de la Ley, el legislador andaluz nos anticipa una descripción de la misma centrada en "el reconocimiento del desarrollo profesional y del desempeño sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo" (art. 5.3 a).

a) La carrera horizontal consiste en el reconocimiento individualizado del desarrollo profesional alcanzado y del desempeño, a través del ascenso en un sistema de tramos, sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo, de acuerdo con la valoración positiva, objetiva y reglada que se establece en el apartado 2 del artículo 52 conforme a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad ([40]). Tras esta definición legal, a la que prácticamente nada puede reprochársele, pues técnicamente es impecable, el legislador andaluz establece un derecho de perfiles propios, que es el que cada funcionario público tiene a la carrera horizontal, y que, entre sus manifestaciones, se encuentra el que el mismo "no se verá limitado por ninguna causa organizativa ni de ordenación de puestos de trabajo". Es decir, se trata de un derecho que queda personalizado y que pende de la propia trayectoria del empleado y de la actividad

[40] Podemos confrontar esta descripción con su recepción por parte del Proyecto de ley de función pública de la Administración del Estado de 2023, en cuyo artículo 93.1 se estipula lo siguiente: "la carrera horizontal consiste en el reconocimiento del desarrollo profesional del personal funcionario de carrera mediante su progresión a través del ascenso en un sistema de tramos, definidos como las etapas sucesivas de reconocimiento del desarrollo profesional que son resultado de una evaluación objetiva y reglada, sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo".

que haya desplegado a lo largo del tiempo, y sin que, los distintos elementos organizativos que puedan incidir en un momento dado, hayan de ser tenidos en cuenta.

b)A estos efectos -establece el apartado 2 del artículo 52-, se podrán valorar, entre otros, la trayectoria y actuación profesional; la calidad de los trabajos realizados en materia de innovación, creación o gestión de nuevo conocimiento, competencias digitales y colaboración en equipos de trabajo multidisciplinares; la formación y, en su caso, la participación en actividades de gestión del conocimiento, docencia o investigación en líneas de interés para la organización; los conocimientos adquiridos; las competencias adquiridas y que hayan sido acreditadas o reconocidas; el resultado de la evaluación del desempeño; la colaboración voluntaria en la ejecución de acuerdos o convenios formalizados por la Administración de la Junta de Andalucía con otras Administraciones públicas para la consecución de objetivos comunes; así como otros méritos y aptitudes que puedan establecerse por razón de la especificidad de la función desarrollada, la participación en proyectos institucionales y la experiencia obtenida, todo ello en los términos que se establezcan reglamentariamente, previa negociación colectiva ([41]).

Como se ve se acoge un listado de elementos a considerar sumamente amplio y que no se encuentran tampoco tasados. Y a estos efectos interesa destacar que el resultado de las evaluaciones del desempeño constituyen un factor más a considerar, al igual que las competencias, digitales y adquiridas, elementos que, a pesar de la relevancia que le confiera el EBEP, el legislador andaluz ha minimizado al ponerlos en pie de igualdad con otros que no tienen ese peso. Y sobre todo, no se le confiere alcance determinante a los resultados de la evaluación del desempeño, en los términos que han efectuado algunas leyes autonómicas de desarrollo ([42]).

El legislador andaluz ha optado por una fórmula muy abierta y que, al propio tiempo, obliga a una compleja operación de fijación de méritos para el cómputo estricto de los distintos elementos que se enumeran o de otros que pudieran sumárseles. Esta fórmula abierta implica un desarrollo reglamentario muy detallado que podría haberse atenuado con una fórmula más sintética, pero no por ello menos operativa ([43]). Es en este procedimiento evaluatorio, y en su equidad, sobre el que va a gravitar el éxito o fracaso de esta modalidad de carrera.

---

41 Es un logro que, al igual que pensara el legislador estatal básico no haya recalado aquí el elemento distorsionante de la antigüedad en el puesto.

42 Vid. el artículo 64.6 de ley 4/2011, de 10 de marzo, de empleo público de Castilla La Mancha.

43 Como la que plantea, por ejemplo, la proyectada ley de función pública de la Administración General del Estado en cuyo artículo 93.3 este punto se presenta del siguiente modo: "los ascensos de tramo se producirán previa solicitud de la persona interesada a través de la aplicación de un sistema objetivo de acreditación de méritos que será objeto de desarrollo reglamentario y que tendrá en cuenta al menos los

c) Se resuelven, asimismo, en el apartado tercero de este artículo que comentamos, algunas cuestiones que el TREBEP había dejado pendiente: "el acceso a los diferentes tramos tendrá, en todo caso, carácter consecutivo y, una vez alcanzados, se considerarán consolidados". Consecutividad y consolidación, dos ideas que si recordamos son esenciales en cualquier sistema de carrera sustentado en categorías personales, pues los tramos, son, a fin de cuentas, categorías que se van adquiriendo previa valoración por la Administración empleadora y sin que quepa, en consecuencia, la desprogresión.

d) El artículo 53 estabece el sistema de tramos que se tendrá en cuenta de cara a la materialización de la carrera horizontal.

En primer término se establece para cada grupo o subgrupo una carrera horizontal articulada en el número de tramos que reglamentariamente, previa negociación colectiva, se determine, con un máximo de seis tramos. La fijación de ese tope concreto, que encontramos también presente en otras regulaciones, obedece a claros motivos presupuestarios, y al grave problema que supondría un número ilimitado de tramos a conseguir, sobre todo en relación con los que inician en edad joven su carrera administrativa.

En segundo término, y para el inicio de la carrera horizontal y el ascenso a cada tramo se exigirán los años completos de permanencia, continuados o no, que reglamentariamente, previa negociación colectiva, se establezcan, y haber superado la valoración correspondiente conforme a los méritos y aptitudes que se establecen en el artículo 52, apartado 2, u otros que se estipulen, si nos tenemos al literal de este precepto.

En todo caso, sigue estableciéndose en este apartado 2 del artículo 53, se computarán los años de permanencia en el grupo o subgrupo, con independencia de que los servicios se hayan prestado en el mismo o diferente puesto de ese grupo o subgrupo. Anotación que sale al paso del problema que pudiera suscitarse cuando hay cambio de puesto o este se obtiene provisionalmente.

En tercer lugar, se tendrá en cuenta como tiempo de permanencia el de servicio activo, así como también el tiempo que se permanezca en las situaciones administra-

siguientes elementos: a) La trayectoria profesional y el resultado de la evaluación del desempeño; b) El cumplimiento de un itinerario de formación especializada y, en su caso, la participación en actividades de gestión del conocimiento, docencia o investigación en líneas de interés para la organización; c) La adquisición de competencias y cualificaciones profesionales que se estimen necesarias por razón de la especificidad de la función desarrollada y de la experiencia adquirida".

tivas que, de acuerdo con lo establecido en la normativa estatal de carácter básico y en esta ley, sea computable a efectos de carrera profesional ([44]).

Finalmente, se estipula que el personal que acceda a un grupo o subgrupo superior comenzará el progreso en el mismo iniciándose en el primer tramo de dicho grupo o subgrupo; no obstante, se continuará percibiendo el complemento de carrera profesional que pudiera tenerse reconocido en el grupo o subgrupo de origen, al que se irán sumando las cuantías correspondientes a los tramos que se reconozcan en el nuevo grupo o subgrupo, y sin que, en ningún caso, la cuantía final a percibir pueda superar el importe correspondiente al último tramo del grupo o subgrupo al que se pertenezca.

Esta previsión tiene toda lógica y es muy oportuno que se haya tenido en cuenta, ya que de esta forma se premia a quienes continúan haciendo carrera frente a quienes han quedado paralizados y se les posibilita que, al progresar hacia nuevos grupos o subgrupos, puedan consolidar nuevas cuantías económicas, aunque ya sean mucho más pequeñas, vinculadas esos grupos o subgrupos y no a los originarios.

e) El artículo 54 del texto legal andaluz resuelve la cuestión de quién, a través de qué vía, cómo y cuando van a reconocerse los tramos de carrera horizontal a los funcionarios públicos que se encuentran en su ámbito de operatividad.

A estos efectos se establece que la valoración del desarrollo profesional para el reconocimiento del ascenso a cada tramo se llevará a cabo por una comisión técnica de carácter colegiado establecida al efecto en la convocatoria, que garantizará la objetividad y transparencia del procedimiento.

Se estipula igualmente en este precepto, que no se podrá solicitar una nueva valoración para el ascenso al mismo tramo hasta que haya transcurrido desde la última realizada el tiempo que reglamentariamente se establezca. Periodo de carencia que tiene absoluta lógica, como también lo hubiera tenido el que se hubera estipulado la pérdida del tramo solicitado, si este queda circunscrito a años concretos de servicio, decisión aquella que tendrá que ser adoptada (nos referimos a los periodos a evaluar, no a la pérdida sobre la que el legislador se ha posicionado ya) en sede reglamentaria, previa negociación colectiva.

Asimismo, se establecerá, siguiendo ese mismo curso, el procedimiento para esta valoración y se regulará la composición y funcionamiento de la comisión téc-

[44] Remitimos esta cuestión al examen del capítulo de situaciones desde donde este punto cobra sentido.

nica, sobre la que existe una gran libertad de configuración, pues no se fija ningún condicionante legal ([45]).

f) El principal efecto que tiene la obtención de tramos en las Administraciones de Andalucía, aparte de que pudiera considerarse, aunque ello es dudoso, motivo de prestigio en un momento dado, es la percepción de un complemento denominado "de carrera" y que retribuye el nivel alcanzado dentro del sistema ([46]). De este modo, a mayor número de tramos, mayor cuantía económica a percibir por este concepto. De este modo, y sin heterodoxias dogmáticas, la carrera administrativa y la carrera retributiva van de la mano en este caso, al menos para los funcionarios públicos de carrera ([47]).

g) El legislador andaluz no ha dejado sin resolver la pregunta, que ya quedaba planteada en sede de EBEP, de si esta modalidad de carrera horizontal tiene o no carácter voluntario para el funcionario afectado. Dado que la carrera administrativa es configurada en la LFPAnd como un derecho y no como un deber, y dado que en el artículo 53.3 habla de carácter individual y voluntario de las modalidades de carrera, hemos de entender que, al igual que las otras modalidades previstas, el funcionario de carrera afectado puede renunciar a este derecho y no aprovechar las ventajas que ofrece para él la carrera en los términos planteados ([48]).

2. La carrera profesional vertical

Definida como "ascenso en la estructura de puestos de trabajo" la carrera vertical así descrita por el legislador estatal básico, constituye en gran medida una continuación de las previsiones de la Ley de Medidas de 1984-1988, y que encontramos recogida,por influjo de este texto normativo, en la ley andaluza 6/1985, de 28 de noviembre, de Función pública. Eso si, estos ascensos, y en principio (pues, puede considerrse que se halla a expensas de lo que determinen las leyes de desarrollo) se

[45] Lo cual puede ser objetable, pero en el haber del legislador andaluz ha de figurar esta previsión pues en otros textos no encontramos referencias a esas Comisiones, lo cual, salvo error u omisión por nuestra parte, no deja de ser sorprendente. Vid., a título de ejemplo, el proyecto de ley de función pública de la Administración General del Estado.

[46] Artículo 55. Efectos. 1. El reconocimiento del ascenso a cada tramo comportará para el personal en servicio activo en la Administración de la Junta de Andalucía la percepción mensual del complemento de carrera profesional, de acuerdo con las cuantías contempladas en la Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía. 2. En todo caso, el complemento de carrera se percibirá en la nómina del mes siguiente al de reconocimiento de cada tramo, o en el que finalice el plazo máximo reglamentariamente establecido para dictar la resolución de reconocimiento.

[47] Como veremos más adelante esta percepción resulta problemática para los funcionarios interinos.

[48] Este detalle lo encontramos recogido en otros casos: vid., por ejemplo, el artículo 93.3 del proyecto de ley función pública de la Administración General del Estado de 2023 que recalca su carácter voluntario.

encuentran desprovistos de ese instrumento que eran los grados personales consolidables (que eran la sustancia de la mixtificación de modelos en la que se incurría entonces), aunque se mantengan los niveles en los que habrá de ordenarse o estructurarse los puestos de trabajo existentes, ahora ya purificados de ese aditamento que, en principio, resultaría innecesario en el nuevo encuadramiento estatutario. En este sentido podemos apuntar que, en su papel de legislador de desarrollo del EBEP, la nueva LFPAnd en su artículo 66.2 b) contempla unos niveles a efectos retributivos; lo que efectúa del siguiente modo: "complemento de nivel competencial, que se corresponderá con el nivel competencial con el que el puesto esté clasificado en la relación de puestos de trabajo, y que retribuye la especial dificultad técnica y la responsabilidad que concurren en el puesto de trabajo, dentro de la estructura jerárquica de la organización. El nivel competencial se distribuirá en grados desde el 1 hasta el 20. Su cuantía se determinará cada año en la correspondiente Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Reglamentariamente, se establecerá el rango de grados que corresponde a cada grupo o subgrupo, y en su caso, especialidad". De modo que, como está configurado este nuevo complemento retributivo, se estaría enlazando con el régimen anterior previsto en la indicada ley andaluza 6/1995, de 28 de noviembre, de Función pública, pero ya no estaríamos hablando de 30 niveles sino de sólo 20 ([49]).

Que hablemos de una estructura de puestos de trabajo comporta la existencia de una ordenación de los mismos principalmente en razón del grado de complejidad de sus funciones y de la dificultad que tiene la prestación de las mismas. La fórmula más extendida es, lógicamente, asignar un nivel de mayor a menor dentro de un sistema único, en atención a una serie de parámetros evaluadores de los propios puestos de trabajo. Sobre esa base la carrera consistiría, precisamente en la progresión de unos puestos de trabajo a otros, incrementándose la complejidad funcional, el nivel asignado y la retribución reconocida conforme se asciende dentro de la escala de puestos. Puede optarse también por una variable de ese sistema de acuerdo con el cual existan varias estructuras de puestos de trabajo interrelacionados entre sí, manteniendo la asignación concreta a cada uno de ellos. Es así como lo ha entendido el legislador andaluz cuando habla de la obtención "con carácter definitivo" a través de la provisión por los procedimientos ordinarios establecidos en el artículo 124 de esta ley, de puestos de trabajo que, "según su clasificación, pueden conllevar una mayor responsabilidad, dedicación o dificultad técnica" (art. 56.1) y, aunque nada se diga sobre ello en ese momento –es un dato implícito de acuerdo con el modo en el que

[49] La rejilla aplicable a los grupos o subgrupos de titulación se habrá contraído, por lo tanto, cuando esta previsión se ejecute totalmente bien es cierto que en los niveles de 1 a 10 sobre 30 había muy pocos puestos asignados, con lo que en fondo se ha impuesto el principio de realidad.

está planteado-, con la incorporación en paralelo del complemento retributivo de nivel competencial.

Como presupuesto de lo que decimos figura también que la asignación de niveles es fruto de una elaboración en la que la denominada clasificación de puestos de trabajo que ha de operar aquí con fuerza, pues son los estudios previos sobre los puestos de trabajo existentes dentro de cada organización los que confieren el punto de justicia necesaria para que la ordenación realizada alcance legitimidad, posibilitando la interiorización de la estructuración de los puestos de trabajo tanto por parte de la organización empleadora como de sus funcionarios dependientes.

De mantenerse el mismo enfoque que ya conocemos sobre el régimen de la provisión de puestos de trabajo, a pesar de los cambios que se han producido en el capítulo III del Título V del EBEP (y en el X de la LFPAnd.), la carrera vertical se organizará principalmente a través de los procedimientos de concurso y libre designación, siendo las convocatorias de cobertura de los puestos las que condicionen toda la carrera del funcionario dentro de la agrupación de funcionario a la que pertenezca y en tanto no cambie de agrupación (Cuerpo o Escala u otra agrupación diferente), tal y como ha venido sucediendo hasta ahora ([50]).

Mas con independencia de estos cambios se impone recordar que existe en la nueva legislación básica (ya también debemos tenerla presente en la LFPAnd.) una opción clara por un enfoque renovado de la carrera profesional vertical que ya no es meramente la de la progresión sucesiva hacia puestos de mayor nivel, "lo cual es una concepción limitada para una gestión de los recursos humanos como la que se concibe en el nuevo modelo (adecuación, gestión de la diferencia), y para un entorno en permanente cambio y que requiere la adaptación y el aprendizaje continuo. El nuevo modelo no concibe la carrera, exclusiva o principalmente, como la adquisición de mayor nivel en la estructura, sino como el binomio resultante de compaginar los intereses de eficacia de la Administración con el mejor rendimiento y desarrollo de las capacidades de sus trabajadores y la satisfacción laboral de ellos, resultado de poder ejercer dicha posibilidad" (M. Gorriti Bontigui) ([51]).

[50] Remitimos a la contribución relativa a esta materia que se recoge en este número monográfico.

[51] Vid. M. GORRITI BONTIGUI-F. TOÑA GÜENAGA. "El nuevo modelo de Organización y Recursos Humanos en…" Ob. cit. p. 262.

3. La simultaneidad de las modalidades de carrera horizontal y vertical en determinados ámbitos y sus consecuencias

En aras de potenciar al máximo la carrera individual del funcionario público, el apartado cuarto del artículo 16 contempla la posibilidad de que cuando la Administración empleadora haya implantado en un mismo ámbito funcional tanto la carrera horizontal como la vertical se pueda progresar simultáneamente en ambas modalidades de carrera.

Se trata de una previsión que intenta restar rigidez a la aparente naturaleza excluyente de las dos modalidades de carrera referidas que es más bien fruto del traslado de nuestra visión arraigada a partir de la regulación recogida en la legislación derivada de la Ley de Medidas de 1984 que de las realidades con las que trabaja el nuevo legislador básico. De acuerdo con él resulta técnicamente posible que se pueda poseer una categoría personal, y se haga carrera mediante el paso de una categoría a otra, y al propio tiempo se mejoren las posiciones de carrera mediante la sucesiva ocupación de puestos de trabajo cada vez más complejos y mejor retribuidos. Esta simultaneidad de ambas modalidades de carrera en unos mismos funcionarios por razón del ámbito donde desarrollan sus funciones -que no mixtificación de las modalidades ahora previstas tal y como podría entenderse venía sucediendo bajo el imperio de la Ley de Medidas de 1984-, plantea algunos problemas en su implementación real. Todo ello sin poner sobre la mesa las disfunciones que tendrían que corregirse de cara a la articulación de las retribuciones, pues el sistema retributivo tal y como aparece prefigurado en el EBEP parece muy poco propenso a favorecer dicha simultaneidad ([52]).

Si partimos de la base de que la carrera horizontal intenta afrontar la problemática concreta de los funcionarios con poca carrera administrativa ante si o con verdaderas carreras planas, parece que prevalece en ella su carácter sustitutivo de la carrera vertical. Como resulta dificultosa la carrera a través de la sucesiva ocupación de puestos de trabajo se articula esta otra modalidad de carrera con la que se resuelve la problemática que presentan esos ámbitos funcionales específicos. Es decir, de lo que se trata es de que estos funcionarios puedan progresar en su carrera individual, ora vía horizontal, ora vía vertical. Mas ello no puede ser general, ni generalizarse para todos los funcionarios, pues si así fuera la correlación existente entre ambas modalidades de carrera perdería todo su sentido. Se materializan las dos simultáneamente porque de no ser así los funcionarios de esos ámbitos concretos recibirían un

[52] En este punto nos remitimos a la autorizada opinión del profesor F.A. Castillo Amador, vid., entre otros, "Los derechos retributivos de los empleados públicos", en M. SÁNCHEZ MORÓN. *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*. Valladolid, Lex Nova, 2007, pp. 227-286, esp. p. 251 y ss.

trato peor que los que tienen una sola modalidad de carrera operativa. Por ello el alcance de la simultaneidad ha de quedar restringido, y es una opinión que nos formamos recién promulgado el EBEP, a unos pocos ámbitos funcionales, como es el caso de lo que nos encontramos en la mayoría de los entes locales, y no generalizarse bajo ningún concepto, so pena de alterar la concepción de partida del legislador básico.

Estas premisas son las que obligan a ser muy cuidadosos a la hora de implantar ambas modalidades de carrera en un mismo ámbito funcional pues a partir de ese momento, como dice claramente el precepto referido "se podrá progresar simultáneamente en ambas modalidades de carrera", esto es, se desarrollarán dos carreras en paralelo, la horizontal y la vertical, y el funcionario afectado consolidará posiciones en cada una de ellas ([53]).

Asimismo, no pueden desconocerse las enormes dificultades que genera la implementación en un mismo ámbito desde la perspectiva de las retribuciones, punto este en el que no podemos entrar ahora ([54]).

Pues bien, si estas eran las consideraciones que efectuábamos al promulgarse el EBEP, nos vemos obligados a efectuar unas nuevas reflexiones a raíz del modo en que buena parte de las leyes de desarrollo han asumido las determinaciones recogidas en la legislación básica estatal. En efecto; puede afirmarse que los legisladores de desarrollo y, por lo que a nosotros no toca, el legislador andaluz han trascendido ese enfoque de los ámbitos de operatividad simultánea y han convertido en papel mojado esos planteamientos, que podían haber tenido utilidad recién promulgado el EBEP pero que a fecha de hoy están en vías de ser superados.

De modo muy claro el artículo 50.3 de la LFPAnd. establece que la carrera profesional "tendrá carácter individual, voluntario, progresivo y retribuido" y "se desarrollará a través de las siguientes modalidades…", y de modo más rotundo en la propia Exposición de Motivos de la LFPAnd. se nos aclara "en este marco normativo (se refiere al que se predetermina en el EBEP), el capítulo I (del título V) establece que son aplicables todas las (modalidades de carrera) que permite dicha legislación

[53] El riesgo que plantea la previsión estatutaria es que, en aras precisamente de una búsqueda de homogeneidad de cara al paso del funcionario de un ámbito que tiene implantada una modalidad de carrera a otro que tiene otra distinta (de la vertical a la horizontal o viceversa), acaben por implantarse las dos, simultaneándose ambas a la vez (aunque solo una de ellas sea la determinante y la otra pueda ser más teórica que real). Dado el modo en el que está redactado el precepto analizado a la doble implantación puede llegarse tanto desde la carrera horizontal (lo cual puede tener bastante lógica) como desde la carrera vertical. Al figurar ambas en pie de igualdad a la hora de hablar de la simultaneidad tendrán que ser los propios ámbitos funcionales los que demanden la doble implantación y tendrán que ser ellos los que justifiquen plenamente el juego de las dos modalidades de carrera en un mismo ámbito funcional.

[54] Lo remitimos a cuanto pueda decirse sobre esta cuestión en este libro en sede de retribuciones.

estatal de carácter básico, articulando las peculiaridades que en Andalucía caracterizan su implementación".

Queda sin resolver de modo explícito si cabe apelar al tratamiento dispositivo previsto en el EBEP en relación con los ámbitos de operatividad, para asumir o no la simultaneidad en el caso de organizaciones que, como las locales, se encuentran dotadas de autonomía y provistas de una mayor libertad de configuración normativa, por lo tanto.

VI. MODALIDADES DE PROMOCIÓN INTERNA

Con buena sistemática la LFPAnd. habla en su artículo 58, apartado primero, de modalidades de promoción interna y distingue entre la promoción interna vertical y la promoción interna horizontal, de las que ofrece, en consonancia con el TREBEP, una mínima definición. Sin embargo, al margen de la declaración que efectúa en su apartado segundo, que ahora comentaremos, y de la referencia a los mecanismos que facilitarán la promoción –y que serán fijados por la Administración-, el régimen aplicable no se desprende, como sucede en otras leyes autonómicas de desarrollo del TREBEP de este texto legal ya que en él se ha optado por dejar sin cubrir ese espacio y el mismo es sustituido por un conjunto de medidas de fomento ("La Administración incentivará…", art. 57.2) de carácter vinculante ([55]).

En consecuencia, nos encontramos con dos previsiones normativas de alcance; la primera, que consiste en la autorenuncia del legislador andaluz a regular al máximo nivel normativo el tratamiento de estas dos modalidades de carrera que quedan al modo en el que las disposiciones reglamentarias las recepcione; eso sí, con el aporte de los mecanismos incentivadores previstos en el referido apartado segundo del artículo 57, y el respeto a las previsiones estatutarias y a las que pueda haber recogido el propio legislador andaluz.

La segunda previsión normativa de importancia la encontramos referida en el artículo 58.2, y, de acuerdo con lo que hemos dicho anteriormente, tendrá que ser tenida en cuenta en el desarrollo reglamentario que acometa cada Administración. En este apartado se establece que la promoción interna -sin distinción- se llevará a

[55] Las leyes autonómicas de desarrollo (leyes 4/2011, de 10 de marzo de Castilla-la Mancha, ley 10/2010, de 9 de julio, de la Función Pública valenciana,, la ley 13/2015, de 8 de abril de la Función Pública de Extremadura y la 2/2015, de 29 de abril del Empleo público de Galicia) así, como el Proyecto de ley, decaído, de función pública de la Administración General del Estado de 2023 se pronuncian nítidamente sobre esta materia fijando disposiciones normativas claras y sin remisiones sistemáticas a los reglamentos o a la actividad de las Administraciones.

cabo a través del sistema selectivo de concurso oposición o de, -y aquí tendríamos una novedad a resaltar- "actividades formativas selectivas".

Como quiera que a las actividades formativas se refieren los incentivos para la progresión en la carrera profesional, y por razones sistemáticas todo ellos los veremos al finalizar la exposición de este punto, vamos a centrarnos ahora en la cuestión de la "deslegalización" del desarrollo de las modalidades de carrera mediante la promoción interna ([56]).

En efecto, puede sostenerse que estamos ante una especie de deslegalización, pues si dejamos a un lado lo previsto en el artículo 58, los mecanismos incentivadores y las propias determinaciones estatutarias, el desarrollo de las modalidades de promoción interna se encuentra remitida a lo que la Administración determine por vía reglamentaria. Y será la fuente reglamentaria, en consecuencia, la que estipule los mecanismos que faciliten el acceso a otros cuerpos, escalas y especialidades (u opciones cuando así se recojan), respetando lo previsto en el artículo 100 y ss. de LFPAnd., mediante la promoción interna por parte de los funcionarios públicos.

A estos efectos conviene recordar que en más de una ocasión el propio EBEP llega a establecer una especie de reserva de la Administración para que sea esta la que resuelva, y no los legisladores ciertas cuestiones que el propio EBEP determina y que quedan de este modo estatutariamente aisladas y cerradas para ser abordadas por las empleadoras. Luego el protagonismo de la fuente reglamentaria vendría auspiciado en estos casos en el propio EBEP, es decir, contaría con respaldo estatutario directo ([57]).

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, como veremos con más detalle al tratar los incentivos, es el propio legislador de desarrollo del EBEP el que deja sin desarrollar buena parte del régimen a seguir (más justo sería decir con algunas imposiciones por su parte) y remite el mismo a las fuentes reglamentarias "de desarrollo". Para que sean ellas las que lo regule. Eso significa que, a diferencia de lo que sucede en otros textos legales de desarrollo del EBEP, no encontramos aquí una regulación prácticamente acabada a expensas de puntuales desarrollos ejecutivos reglamentarios, sino de una regulación que queda en situación de pendencia a la espera de que las disposiciones reglamentarias las configure debidamente a partir del dibujo que le ha efectuado el legislador de desarrollo y, antes de él, el legislador estatutario.

[56] El propio legislador andaluz habla aquí de "disposiciones reglamentarias de desarrollo" (art. 57.1).
[57] Vid., por ejemplo, artículos 47, 48, 71 y 72, etc.

La cuestión de fondo a tratar aquí es si el legislador andaluz de función pública ha incurrido o no en una verdadera deslegalización o si, por el contrario, su manera de abordar estas modalidades de carrera profesional puede aceptarse en términos constitucionales por no atentar contra la predeterminación del estatuto funcionarial por medio de la ley. Esta cuestión, en sede de texto que hacía las veces de estatuto funcionarial, la LMRFP de 1984, fue examinada con cierta profundidad en la STC 99/87, de 11 de junio. En ella se efectuaron algunas consideraciones constitucionales que pueden traerse a colación aquí. Así, de conformidad con esta interpretación jurídica sería posible la colaboración del reglamento en sede estatutaria siempre y cuando el texto estatutario (o, en su caso, podríamos añadir que, por extensión, la ley de desarrollo estatutaria a la que se remite aquel) contuviera "unos límites materiales bastantes" y sin que se incurriera en "puras y simples remisiones al reglamento vacías de todo vínculo sustantivo". Es decir, debería de contarse con una regulación legal sustantiva, bastando en ciertos casos un criterio o indicación legal suficiente ([58]).

Si aplicáramos literalmente esta interpretación constitucional las disposiciones reglamentarias, en este caso, condicionadas por lo previsto en el EBEP y en la ley de desarrollo, serían una fuente totalmente legítima y utilizable tal y como ha entendido el legislador andaluz. Más cabría plantear dos consideraciones, asimismo: la primera es si cuando hablamos de ley de desarrollo (algo que no pudo contemplar el Tribunal Constitucional en el supuesto de la Ley de Medidas, porque no se brindaba entonces la posibilidad de un desarrollo por parte de otros legisladores de la ley estatutaria, o por lo menos no con el alcance que tiene hoy) no se está produciendo por parte del Estatuto básico, en lo que tiene de relevante el alcance propiamente estatutario como algo compartido, una encomienda sólo y exclusivamente de desarrollo legal (y no reglamentario) de lo básico (salvo, claro está, el espacio natural reglamentario derivado de la colaboración ley/reglamento ejecutivo); la segunda, si al entenderse de este modo, tan rígido, no se está queriendo propiciar una uniformidad estatutaria que desaparecería totalmente si hubiera, como sucede en el caso andaluz, unas ochocientas Administraciones públicas, de muy distinto corte y dimensión, todas ellas llamadas a regular su propio régimen reglamentario y todos ellos igualmente aceptables.

Seguidamente vamos a realizar un breve examen de las dos modalidades de promoción interna, tal y como aparecen reflejadas en el TREBEP y en la propia LFPAnd.

[58] En aras de la brevedad remitimos a la lectura del fundamento jurídico tercero de dicha sentencia constitucional.

1. La promoción interna vertical

Para analizar tanto esta modalidad de promoción como la interna horizontal hemos de apelar al conocimiento acumulado sobre el régimen de las promociones tras casi treinta años de operatividad de las previsiones de la Ley de Medidas que le sirven de antecedente, con las que guardan una gran continuidad. De hecho, y de acuerdo con la nueva terminología incorporada por el EBEP, se trata, en suma, del paso de una agrupación personal de funcionarios (Cuerpo, Escala, Especialidad u otro tipo de agrupación diferente) a otra de titulación superior, esto es, perteneciente a un grupo de titulación que se encuentra más arriba dentro de la jerarquía establecida a partir del régimen de las titulaciones.

Una primera consideración gira en torno al modo en el que se materializa este tipo de promoción; frente al detalle por el que se decantaba el proyecto de ley, finalmente el EBEP ha rehusado pormenorizar el ámbito de operatividad de los sistemas para realizar la promoción interna, entendiéndose sólo que los mismos resultarán operativos no necesariamente para ascender del Cuerpo o Escala del Subgrupo inmediatamente inferior, sino sólo desde el "inferior Subgrupo" ([59]). A estos efectos serán las leyes de función pública que se dicten en desarrollo del EBEP las que habrán de articular dichos sistemas (art. 18.3) ([60]).

Mas si está bien claro que el legislador básico no impone, sino que deja abierta la posibilidad, de que la relación entre las agrupaciones de funcionarios no necesariamente tengan que venir marcada por la conexión inmediata de titulaciones, de inferior a superior, pero no inmediatamente superior, respecto los sistemas mediante los que se practican las promociones hemos de pronunciarnos sobre la verdadera proyección que tiene el artículo 61 de la ley en su conexión con el 18 (más en concreto el articulo 61, regulador de los sistemas selectivos, con el apartado tercero del artículo 18, que hace referencia a los sistemas para realizar la promoción interna)

Una primera interpretación sería la de que al haberse remitido a los legisladores de desarrollo la articulación de dichos sistemas; los sistemas que han de establecerse para hacer realidad los ascensos no tienen por qué ser ni operar igual que los que se prevén en el artículo 61, previstos, consiguientemente, para actuar exclusivamente en relación con el ingreso de la función pública. De este modo se estaría asumiendo con un planteamiento de fondo que la problemática que plantea la promoción interna merece un tratamiento específico que, con las inevitables similitudes respecto al que

[59] Se vuelve, así, al planteamiento que rigió bajo la Ley de Medidas originaria, la de 1984, antes de la reforma producida en 1988.

[60] Muy distinto, por lo tanto, a lo que sucedía bajo el régimen de su antecedente estatutario, la Ley de Medidas de 1984 condicionaba mucho más este aspecto del tratamiento de la promoción interna.

plantea el ingreso, ha de presentar un perfil sustantivo propio mucho mejor adaptado a su problemática. Todo ello sin perder de vista que la promoción interna se realizará siempre "mediante procesos selectivos".

Esta interpretación, que posiblemente, sería la que mejor se ajustaría a un enfoque de renovación del régimen de la actual función pública, al plantear un distanciamiento mayor que el existente hasta ahora entre la promoción y el ingreso, creemos que no se sostiene y que, en consecuencia, el legislador básico no habría querido ir tan lejos (al menos, todavía) ([61]).

Si bien existen elementos de juicio tendentes a favorecer una cierta autonomización de los sistemas de promoción estos siguen tomando como referentes los sistemas de ingreso. Existen varios datos significativos que permiten mantener que se opta por una inserción no conflictiva de la promoción en sede de ingreso, sin dotarla, por lo tanto, de una autonomía excesiva que tienda a independizarla del tronco común.

A estos efectos podemos señalar que existen conexiones expuestas explícitamente a modo de menciones de preceptos, pues tanto el articulo 18 se refiere a los principios que rigen en el acceso a la función pública, como el 61 efectúa una referencia a la promoción interna; ambos ámbitos están, por lo tanto, completamente interrelacionados ([62]). Asimismo, hemos de tener en cuenta el punto del que partimos, en el que ha venido siendo el mismo esquema rector que rige para el ingreso el que ha venido guardándose en sede de promoción interna vertical, fomentándose esta vía con alguna modificación puntual a favor de los funcionarios concurrentes. De este modo hasta ahora los procesos selectivos han mantenido la misma identidad y alcance sea para ingresar en la función pública, sea para promocionar internamente. Por último, tendríamos que pensar que la generación de sistemas alternativos a los existentes y previstos en el apartado 6 del artículo 61 (oposición, concurso-oposición y oposición) no tendría excesivo sentido puesto que bastaría con establecer convocatoria cerradas, algo permitido por el artículo 61.1, para conseguir el objetivo de fomentar la promoción interna vertical entre los funcionarios, todo ello en el marco de la selección de la que también forma parte la promoción interna.

Sobre estas premisas el EBEP asienta una serie de previsiones encaminadas a ordenar los ascensos que pueden llegar a tener lugar utilizando la promoción interna vertical (art. 18.2).

[61] Máxime si tenemos presente la propia renovación que se produce en cuanto a la incorporación de innovaciones técnicas de calado en el propio artículo regulador de los sistemas selectivos, el artículo 61, a cuyo examen, dentro de las páginas de este mismo libro, nos remitimos.

[62] Como por otro lado nos hace ver la tradición normativa arraigada en esta materia.

a) Los funcionarios han de poseer los requisitos exigidos para el ingreso en el Cuerpo, Escala, Especialidad o agrupación de funcionarios de que se trate. Planteado como un deber ser ("deberán poseer" dichos requisitos) esta previsión nos da a entender que no existe en este punto ninguna excepción de partida a las exigencias que, a modo de requisitos generales, se imponen a los restantes candidatos que participan en el ingreso, incluido, claro está, el de la titulación exigida (artículo 56). Este hecho refuerza, a nuestro juicio, la lectura que pueda efectuarse sobre la rigidez de dichos requisitos generales en el sentido de que serán exactamente los mismos que los que se exijan a quienes, sin participar como ya funcionarios, aspiran a acceder a las agrupaciones funcionariales citadas. Las condiciones de ingreso, al menos en lo que respecta al cumplimiento de los requisitos generales, serían exactamente idénticas que las que rigen para cualquier otro candidato, sin excepciones, por lo tanto, ni en relación con la titulación exigida, edad, u otro condicionante previo.

b) Los funcionarios que deseen servirse de la promoción interna vertical han de tener una antigüedad de, al menos, dos años de servicio activo en el inferior Subgrupo o Grupo de Clasificación profesional, en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo. Se trata de un periodo de tiempo no excesivo que tiene por finalidad ralentizar mínimamente la participación de los funcionarios en sucesivos procesos selectivos, obligándolos a permanecer algo de tiempo en la agrupación perteneciente al subgrupo o grupo de clasificación desde el que habrá de promocionarse, como ya se ha destacado, no necesariamente el inmediatamente inferior al que desea promocionarse.

La expresión "dos años de servicio activo" no implica, obviamente, que el funcionario deba de encontrarse en esa situación al tiempo de promocionar –pues ha de entenderse que podría encontrarse en otra situación administrativa distinta a la de servicio activo y promocionar desde ella-, sino que ya ha estado esos dos años prestando funciones en el Cuerpo o Escala en el Subgrupo o Grupo de clasificación inferior, único condicionante al que se hace referencia estatutariamente hablando.

c) Por último, los funcionarios que aspiran a ascender de Cuerpo o Escala han de "superar las correspondientes pruebas selectivas". En este punto, y a diferencia de lo que sosteníamos cuando hablábamos de los requisitos generales para el ingreso (y el ascenso), no cabe entender que habrán de superarse todas y cada una de las pruebas selectivas previstas para el ingreso en el Cuerpo o Escala pues de ser así se produciría una grave incongruencia, al no conferírsele un tratamiento diferenciado al ascenso frente al ingreso, sin que hubiera, por lo tanto, carrera profesional propiamente dicha, sino obstaculización de la misma, pues se exigiría dos años de servicio activo para participar en las mismas pruebas que los restantes candidatos (algo que,

por lo demás podría hacer cualquier ciudadano que reuniera los requisitos generales, obviamente, también los ya funcionarios).

Obviamente, si se imponen las mismas condiciones generales que para el ingreso y se mantiene el mismo esquema legal para acceder por promoción (superación del proceso selectivo, nombramiento, acto de acatamiento y toma de posesión) es porque el proceso selectivo en sede de ascenso para los que ya son funcionarios, esto es, para quienes ya han acreditado a través de la celebración de unas pruebas selectivas y del trabajo previo competencias, capacidades y conocimientos administrativos, tendrá que tener alguna modulación de ventaja pues su punto de partida es distinto al haber acreditado ya estos extremos para otras funciones dentro de la misma organización empleadora. Por ello, entendemos que, descartada la posibilidad de que la titulación exigida pueda ser diferente en caso de ingreso y de ascenso, debe desecharse la posibilidad de que las pruebas a superar deban de ser obligatoriamente iguales y deberán de contemplarse modulaciones en función del grado de competencias, capacidades y conocimientos administrativos ya acreditados por los funcionarios aspirantes a los ascensos (eximir de pruebas idénticas, en las que se pueda exigir los mismos o similares niveles de exigencia, abreviatura del programa exigido, al haberse dado cuenta de él para acceder a otros Cuerpos o Escalas, etc.). De otro modo la promoción interna vertical quedaría completamente desvirtuada y diluida dentro de los procesos selectivos generales previstos para el reclutamiento de efectivos externos a la propia organización empleadora, y sin que se tuviera en cuenta la particular situación que tienen los ya funcionarios de cara a ala superación de los procesos selectivos en los que pudieran participar.

Como veremos más adelante esta "modulación de ventajas" ha sido establecida por el legislador andaluz de desarrollo, pero con una formulación que, como examinaremos a continuación en un punto específico, presenta algunas dificultades desde un punto de vista dogmático.

De acuerdo con la regulación establecida por la legislación básica estatal que hemos analizado el legislador andaluz define la promoción interna vertical en la LFPAnd como aquella que supone el ascenso desde un subgrupo o grupo de clasificación hasta otro subgrupo o grupo superior (arts. 58.1 b) y 50.3 d). Es decir, repite con otras palabras lo establecido en el TREBEP.

Al margen de lo que veamos seguidamente al tratar de los criterios generales de naturaleza incentivadora que se fijan en el artículo 57.2 de la ley, y sin la que no es posible formarse una mínima opinión sobre las promociones, ya que van a condicionar especialmente el régimen jurídico aplicable a la promoción interna vertical, hemos de centrarnos en estos momentos en el modo en el que se idean por estos legisladores

los ascensos funcionariales de unos grupos o subgrupos de clasificación a otros superiores. Y resulta conveniente recordar cómo evolucionó hace años el tratamiento básico previsto en la Ley de Medidas de 1984, de una formulación similar a la que encontramos ahora en el TREBEP y en la LFPAnd, a otra en la que se recepcionaba expresamente la prohibición de la promociones "per saltum", mediante la inclusión del término "inmediatamente" superior ([63]). De tal modo que si, ahora no vemos este término aquí recogido, hemos de concluir que son posibles las promociones internas de este tipo y en principio no se encuentran vedads las mismas.

2. La promoción interna horizontal

Como reflejo palpable de la legislación anterior (artículo 22.2 de la LMRFP, con naturaleza no básica, y demás leyes autonómicas de función pública que optaron por recoger esta fórmula) el TREBEP recoge la denominada promoción interna horizontal que consiste en el acceso a Cuerpos y Escalas del mismo Subgrupo profesional. Ello se producirá previa intervención de los legisladores de desarrollo los cuales, una vez que hayan optado por esta fórmula –podrían no hacerlo pues resulta potestativa su recepción- tendrán que determinar en qué casos y cómo se producirá su operatividad. En este punto cabe señalar que esta modalidad de carrera, muy limitada de por sí, no va a tener proyección salvo, en su caso, en las grandes Administraciones públicas donde existieran colectivos funcionariales que pudieran servirse de ella. Es quizás por este motivo por el que el legislador andaluz no ha querido prescindir de esta modalidad de carrera y la contempla en el artículo 59, fundamentalmente para que sea utilizada en la Administración de la Junta de Andalucía.

Ha sido el legislador básico el que ha fijado unos primeros condicionantes a la operatividad de esta modalidad de promoción: no hace referencia a que las funciones que se desempeñe en los Cuerpos o Escalas afectadas sean sustancialmente coincidentes o análogas en su contenido profesional o técnico, o que se deriven ventajas para la prestación de los servicios (originario artículo 22.2 de la LMRFP referido a la función pública dependiente de la Administración General del Estado). Asimismo, tampoco se hace mención alguna a que los candidatos deban de poseer la titulación exigida –algo innecesario si se mantiene como regla rígida del artículo 56.1 e)-, o que pueda eximírseles de las pruebas mediante las que se hayan acreditado conocimientos que ahora se le pudieran exigir de nuevo.

Se trata, por lo tanto, de una de las previsiones de la ley donde la libertad para los legisladores de desarrollo es más amplia pues a pesar de que podría entenderse que

[63] En la redacción dada al artículo 22 (fomento de la promoción interna) por la ley 23/1988, de 20 de julio, de Reforma de la Ley de Medidas.

todo el artículo 18 se refiere también a esta modalidad de carrera, sólo sus apartados primero (principios) y cuarto (fomento) podrían proyectarse sobre esta modalidad de promoción, no así el segundo, que hace referencia exclusivamente –entendemos- a la promoción interna vertical (antigüedad de dos años), por lo que, incluso, el condicionante temporal previo sería susceptible de ser incorporado o no a la misma ([64]).

A efectos de su concreción estatutaria en su momento ya efectuamos una crítica de fondo a este tratamiento en el EBEP ([65]). Pero ahora, a falta de esas mínimas reglas estatutarias, se trata determinar el alcance de su régimen jurídico en conexión con lo que establece el legislador andaluz y con las medidas que este impone a las disposiciones reglamentarias de desarrollo.

Por último, y como recordatorio para encuadrar el ejercicio de la potestad normativa en esta materia por parte de los legisladores de desarrollo, hay que recordar que la STC 99/87, de 11 de junio, declaró inconstitucional el originario artículo 22.2 de la Ley de Medidas por remitir al Gobierno los criterios, requisitos y condiciones con arreglo a los cuales los funcionarios de la Administración del Estado podrían integrarse en otros Cuerpos y Escalas de su mismo grupo ([66]). Si bien se impone recordar aquí, como decíamos más arriba, que en este caso se trataba de una deslegalización pura y dura y no, como sucede en el caso de la ley andaluza de función pública, de una remisión que se plantea con condiciones más o menos estrictas y que operan bajo la fórmula de una actividad normativa incentivada por el propio legislador autonómico.

Encuadrado en esta legislación básica del Estado, el legislador andaluz ha previsto esta modalidad de promoción interna horizontal estableciendo que "supone el

[64] De hecho existe una variabilidad de tratamientos en los textos legales de desarrollo actualmente vigentes.

[65] Pues si se defiende la necesidad de la existencia de unas mínimas reglas estatutarias –lo que es tanto como decir igualadoras- a la hora de regular algo de tanta relevancia como las modalidades de carrera no parece admisible el posicionamiento del legislador estatutario que, si bien establece una medida que pudiera entenderse como garantista al tener que ser la ley de desarrollo la que determine los Cuerpos y Escalas concretos donde operará esta modalidad de promoción, ni siquiera impone que sus condiciones de operatividad –que es, en última instancia, tan esencial, como determinar las agrupaciones de funcionarios en los que operará- de quedar obligada a una regulación legal, pudiendo ser los reglamentos y, en su caso, de acuerdo con los mismos, las convocatorias las que pudieran entrar a fijarlos, pudiéndose llegar al extremo de que ello se practique caso por caso. Ni siquiera puede constituir una atenuante el que esta modalidad de carrera haya tenido hasta ahora muy poca utilización, hasta el punto de que puede hablarse casi de desuso de las previsiones normativas existentes hasta este momento sobre esta posibilidad de hacer carrera.

[66] "De nuevo se remite la Ley incondicionadamente a la potestad reglamentaria, en un aspecto tan inherente al estatuto funcionarial como es el acceso a otro Cuerpo o Escala, aun dentro del mismo grupo, en aras de la promoción interna…". Vid. BOE, 152, 26 de junio de 1987.

acceso a otro Cuerpo o Especialidad dentro del mismo Subgrupo o Grupo de pertenencia (arts 50.3 y 58.1 a, de la LFPAnd).

Dado que el precepto dedicado a los criterios generales-medidas de incentivación que examinaremos a continuación no distinguen entre modalidades de promoción interna, e incluso hay veces que habla de cuerpos o especialidades convocadas y no de subgrupos o grupos de clasificación (art. 57.2, b y d) hemos de entender que serán las Administraciones empleadoras las que tendrán que establecer en qué casos las medidas referidas se proyectan sobre la promoción interna horizontal, por lo que es posible que se produzca aquí una cierta diversidad ([67]).

VII. EL FOMENTO DE LA CARRERA PROFESIONAL

El legislador básico ha tenido el acierto de imponer a las Administraciones la previsión de medidas específicas que hagan realidad la carrera administrativa de sus funcionarios dependientes. Bajo la forma de que "las Administraciones públicas adoptarán medidas que incentiven la participación de su personal en los procesos selectivos de promoción interna y para la progresión en la carrera profesional" (apartado 4 del artículo 18) el legislados básico quiere luchar contra la vieja concepción que entendía que la carrera administrativa era algo que concernía exclusivamente a los funcionarios afectados imponiendo que sean las propias empleadoras las que se impliquen en los procesos que materialicen la carrera del funcionario, de acuerdo con la nueva concepción de carrera profesional que se desprende del propio texto estatutario y sobre la que nos hemos extendido más arriba.

Si bien no se nos dice en ningún momento cuales habrán de ser "las medidas que incentiven la participación de su personal" en los procesos que habrán de hacer realidad sus carreras, está claro que, dentro de la legalidad, resultan posibles muchas medidas que estimulen la puesta en marcha o aceleración de las mismas y que, habrán de ser estas respuestas de las Administraciones empleadoras las que, por su alcance, den la dimensión real del grado de compromiso asumido por las organizaciones con sus empleados, punto este que, al igual que otros muchos, constituye una incógnita que peso habrá de tener en la esfera local. Hablando, pues en términos generales, estamos, por lo tanto, ante una expresión más del cambio de enfoque por el que se ha decantado este legislador estatal básico mucho más implicado que los anteriores en determinados aspectos de la defensa de la concepción de carrera, lo que, al igual que sucede cuando detectamos carencias en la reformulación de la misma, debemos poner también en su haber.

[67] A este respecto se impone recordar que esta modalidad de carrera es recepcionada por los legisladores de desarrollo de forma ciertamente parca.

Este planteamiento ha sido aprovechado por el legislador andaluz de desarrollo para establecer en el artículo 57.2 de la LFPA un conjunto de fórmulas normativas, bajo la cobertura del término incentivos (o por mejor decir, medidas de incentivación), que hemos de examinar previamente para determinar no sólo su contenido real sino también el alcance que las mismas tienen en relación con la cuestión dogmático-práctica del problema de la deslegalización a que hacíamos referencia más arriba.

En efectos, el apartado segundo del artículo 57 establece lo siguiente:

"La Administración incentivará la participación del personal en los procesos de promoción interna para la progresión en la carrera profesional, a través de las siguientes medidas ([68]):

a) La oferta de empleo público o instrumento similar incluirá un mínimo del veinticinco por ciento de plazas para la promoción interna, las cuales podrán proveerse en la misma convocatoria del turno de acceso libre o mediante una convocatoria independiente.

b) Las convocatorias establecerán exenciones de pruebas y/o reducción de temarios respecto de conocimientos ya acreditados para acceder al cuerpo o especialidad de procedencia.

También podrán incluir otro tipo de pruebas no destinadas a acreditar conocimientos pero que sí permitan demostrar que se dispone de las competencias necesarias para acceder al nuevo cuerpo o especialidad. Reglamentariamente, se establecerán los criterios generales a los que se sujetarán estas pruebas que, en todo caso, deberán ajustarse a los principios de objetividad y publicidad.

c) En la oferta de adjudicación de destinos se concederá preferencia para elegir los puestos ofertados a quienes accedan por el sistema de promoción interna sobre quienes lo hagan por el turno de acceso libre.

d) Quienes accedan por promoción interna a cualquiera de los cuerpos o especialidades convocados tendrán derecho a que se les adjudique destino en el puesto que estén desempeñando, siempre que dicho puesto también esté adscrito al cuerpo o especialidad al que promocionen.

[68] En este punto cabe recordar que el proyecto de ley de la función pública de la Administración del Estado en su artículo 94.2, que ha adoptado la misma perspectiva del fomento, fija nítidamente unas reglas jurídicas a seguir en todo caso y en ningún caso se deja abierta estas cuestiones a un desarrollo posterior ni de la Administración empleadora ni de las disposiciones reglamentarias que puedan provenir de ellas.

e) Se organizarán cursos y otras actividades formativas destinadas a proporcionar la formación necesaria a quienes vayan a participar en la promoción interna. Podrá establecerse que estos cursos y actividades formativas puedan sustituir alguna de las pruebas del proceso selectivo, en la forma que reglamentariamente se determine, previa negociación colectiva.

f) Se podrán organizar procesos de promoción interna mediante la superación de cursos u otras actividades formativas que tendrán carácter selectivo. Las condiciones para ello se establecerán reglamentariamente, previa negociación colectiva, permitiendo en todo caso el acceso a todo el personal que reúna los requisitos para participar en cada proceso de promoción interna. No obstante, solo podrá superar dichos cursos o actividades formativas un número de personas equivalente, como máximo, al de las plazas incluidas en la respectiva convocatoria".

De la lectura de este precepto se desprende que en el mismo se establece una remisión a la actividad de cada propia Administración empleadora en este terreno y, en ciertos casos, las condiciones finales se fijarán reglamentariamente por imposición del legislador andaluz de función pública (en dos supuestos, previa negociación colectiva: apartados e, y f, no así en el b, que no la requeriría). Por consiguiente, la fuente propiamente reglamentaria sólo aparece en juego para ciertos supuestos; para los restantes es la Administración empleadora la que tendrá en cuenta en sus actos jurídicos (incentivadores) estas previsiones normativas, a fin de incentivar la participación del personal en estos procedimientos. Ello implica reconocer a cada Administración en este terreno, como hacía el TREBEP para otros diferentes, como ya comentábamos, un espacio propio de decisión que procede directamente del enfoque que hace el legislador andaluz de esta materia y que en este punto estaría desarrollando las determinaciones del TREBEP. A fin de dotar de mayor profundidad a nuestra exposición resulta obligado examinar cada una de estas previsiones por separado (vamos a agruparlas).

1. Ofertas y convocatorias

La reserva de plazas para la promoción interna de los ya funcionarios es la primera encomienda que nuestro legislador hace a cada Administración empleadora. De tal suerte que las ofertas de empleo público (o instrumentos que hagan sus veces) incluirán un mínimo del veinticinco por ciento de plazas para la promoción interna, las cuales podrán proveerse en la misma convocatoria del turno de acceso libre o mediante una convocatoria independiente.

Como vemos se impone un mínimo; a nuestro juicio hubiera sido más riguroso establecer un máximo (por ejemplo, el 50 por ciento) ([69]). Porque al no haber sido así se corre el riesgo de que, a discreción de cada Administración, todas las plazas de la oferta, o de algún año en que opere la misma oferta, vayan a promoción interna, con los consiguientes perjuicios para quienes se preparan para acceder por el turno libre. No podemos perder de vista que la carrera administrativa está protegida constitucionalmente (la promoción a través del trabajo, etc.), pero también lo está el derecho fundamental de acceso de la ciudadanía a los empleos públicos (23.2). Hubiera sido más acertado, a nuestro juicio, fijar un criterio equilibrado que anteponer la opción de la promoción a cualquier otra, con la consiguiente fractura del sistema que se produciría si todas las plazas son ocupadas por funcionarios que, con los nuevos incentivos (y ventajas) en aplicación, son promocionados. Salvo que las Administraciones realicen un ejercicio de responsabilidad y de equidistancia, la grieta que puede abrirse por la presión de quienes ya son funcionarios para que su cupo sea el más alto posible (algo, por otro, lado perfectamente legítimo), debería haberse intentado evitar a toda costa. No nos sirve el que, como resultado final, todos o parte de esos funcionarios no sean promocionados finalmente, porque, como decimos, se trata de algo que está por ver y dependerá de una multiplicidad de factores, entre ellos como operan estos nuevos incentivos. Las praxis en este terreno serán las que explicitarán estas desviaciones y disfunciones y habrá que estar a ellas para concluir si este precepto ha de ser modificado en el sentido que proponemos (lo que resulta más que probable, si deriva como hemos expuesto) o no.

Asimismo, se establece que "las convocatorias establecerán exenciones de pruebas y/o reducción de temarios respecto de conocimientos ya acreditados para acceder al cuerpo o especialidad de procedencia". Como es bien sabido las exenciones de pruebas y acortamiento de temarios cuando esos conocimientos han quedado ya acreditados es una previsión habitual en este tipo de procedimientos. Y tienen completa lógica y se encuentra en la base de la idea de promoción profesional. Y también lo tiene que sean las propias convocatorias y, sólo ellas, las que en concreto sean las que lo establezcan ([70]).

Mayor problema creemos que presentan las pruebas que permitan adverar si se tienen o no las competencias necesarias para acceder al nuevo cuerpo o especialidad, una novedad en clave de renovación que hay que anotarle en el haber a nuestro legislador. Y la razón es que, en nuestro sistema administrativo (y también funcionarial), existe una escasa tradición de administración por competencias; a diferencia de

[69] Como hacía el artículo 22 de la LMRFP de 1984 al fijar que podía reservarse hasta ese porcentaje.

[70] Vid. por ejemplo, los artículos 80.3 de la Ley gallega de empleo público ó el 110.4 de la de función pública de Extremadura, ambas de 2015.

otros países no contamos con esa base de partida y, en consecuencia, determinar los criterios y el modo de medición de esta variable es un proceso ciertamente complejo y dificultoso. Es esta doble razón, por la que aparece aquí como una mera posibilidad referida la fuente reglamentaria, a la que se remiten "los criterios generales a los que se sujetarán estas pruebas" y "que, en todo caso, deberán ajustarse a los principios de objetividad y publicidad". Sin esa disposición reglamentaria de desarrollo no será posible medir esas competencias, y los funcionarios que promocionen no podrán servirse de esta opción.

2. Adjudicación de destinos

El legislador andaluz de función pública también ha establecido dos previsiones para que la Administración competente las tenga presentes en relación con los destinos a adjudicar. En concreto:

a) Conceder preferencia para elegir los puestos ofertados a quienes accedan por el sistema de promoción interna sobre quienes lo hagan por el turno de acceso libre ([71]).

b) Y establecer un derecho que tiene que ser respetado por la Administración empleadora para que, a quienes accedan por promoción interna a cualquiera de los cuerpos o especialidades convocados, se les adjudique destino en el puesto que estén desempeñando, siempre que dicho puesto también esté adscrito al cuerpo o especialidad al que promocionen.

Se trata de dos previsiones que suelen aparecer recogidas en los reglamentos ejecutivos de las leyes de función pública y que persiguen establecer unas ventajas para que quienes son ya funcionarios y promocionen internamente no se encuentren en pie de igualdad con los que acceden por vez primera a la función pública y que tienen una problemática totalmente diferente ([72]). Este es el motivo, la protección de la carrera administrativa, por el que estas ventajas (o incentivos, si utilizamos la nomenclatura de la que se sirve el legislador andaluz) no pueden considerarse desproporcionadas, al encontrarse suficientemente fundamentados estos tratos preferentes en esa diferencia de partida.

[71] Se sobreentiende que ello se producirá a partir de las puntuaciones obtenidas por cada candidato en el sistema selectivo utilizado, que como sabemos, son el concurso oposición o las acciones formativas.

[72] La preferencia es habitual que se recoja en las leyes funcionariales (a veces rodeándola de alguna restricción como hace la ley gallega de empleo público de 2015 en su artículo 80.4, al referirla exclusivamente a la promoción interna vertical y a que se haya producido vía proceso selectivo único en la misma convocatoria) no así la permenencia en el puesto ocupado definitivamente en términos de derecho jurídico.

El derecho que se viene a reconocer aquí, al igual que otras previsiones del artículo que comentamos, enlaza con las declaraciones que, de modo más general, se establecen tanto en el articulado de la ley estatal estatutaria como en la ley de desarrollo de la misma que es la LFAnd. en relación con la materialización de la carrera profesional. Y si bien se trata de un derecho muy limitado tiende a ser jurídico perfecto cuando las circunstancias lo hacen surgir, de tal forma que es plenamente esgrimible ante la propia Administración y ante los tribunales cuando es ignorado.

3. Cursos y actividades formativas

Sobre la aplicación del capítulo formativo a la promoción interna encontramos dos referencias en el artículo 57.2 del texto legal (tres si añadimos la que hayamos recogida, a mayor nivel de importancia, en el artículo 58.2).

Se recogen aquí dos posibilidades: a) la organización de cursos y actividades formativas como complemento de los procesos selectivos basados en pruebas de conocimiento, y b) su organización para que sustituyan a esos procesos selectivos, como si de un sistema selectivos propiamente se tratara en sede de promoción interna (art. 58.2). Veamos cada una de estas opciones.

a) Se organizarán cursos y otras actividades formativas destinadas a proporcionar la formación necesaria a quienes vayan a participar en la promoción interna. Podrá establecerse que estos cursos y actividades formativas puedan sustituir alguna de las pruebas del proceso selectivo, en la forma que reglamentariamente se determine, previa negociación colectiva. Estos cursos y actividades de formación, como decimos, complementan y no suplen todas las pruebas de conocimiento, sino sólo algunas de ellas que habrá que determinar en cada caso (se supone que las que mejor se presten a los indicados cursos y actividades formativas). Aquí el capítulo de formación colabora con el capítulo de la promoción interna y ayuda a que las promociones se efectúen no sólo estructurando las mismas con pruebas de conocimiento sino también con acciones formativas. Lo cual puede ser perfectamente posible siempre y cuando las disposiciones de desarrollo encuentren las fórmulas adecuadas para esa colaboración sea medida y proporcional a los objetivos que se persiguen, que es la de promocionar a los funcionarios mejores y más válidos.

b) Pero mucha mayor dificultad presenta la conversión, pura y dura, del proceso formativo en un sistema selectivo en parecidos términos a como operarían los existentes (como el concurso-oposición que es el habitual en estos casos como sistema tradicional de promoción interna y por el que opta, junto con la novedad de las acciones formativa el legislador andaluz). En efecto, se acoge aquí una fórmula muy discutible: "se podrán organizar procesos de promoción interna mediante la supera-

ción de cursos u otras actividades formativas que tendrán carácter selectivo. Las condiciones para ello se establecerán reglamentariamente, previa negociación colectiva, permitiendo en todo caso el acceso a todo el personal que reúna los requisitos para participar en cada proceso de promoción interna. No obstante, solo podrá superar dichos cursos o actividades formativas un número de personas equivalente, como máximo, al de las plazas incluidas en la respectiva convocatoria".

Sobre esta cuestión contamos con una mención muy oportuna en el Informe de la Comisión de Expertos de 2005 (punto 49, in fine). Se sostenía en el mismo "también cabe hacer referencia a la posibilidad de que las Administraciones Públicas organicen cursos selectivos en el proceso de promoción interna, pero siempre que exista al mismo tiempo algún tipo de prueba de capacidad, como viene recalcando la jurisprudencia. No parece aceptable, a tenor de ésta, que puedan concretarse medidas de promoción interna de cualquier naturaleza, ya sea de carácter horizontal o de carácter cruzado (incluyendo los llamados procesos de ´funcionarización´), mediante la pura y simple realización de un curso de formación". Y se concluía en el Informe, verdadero Libro blanco del empleo público español: "La previsión de cursos específicos de selección para la promoción interna de cualquier tipo no debe excluir la superación de las pruebas selectivas necesarias en todo caso" ([73]).

Poco más podemos añadir: si los máximos expertos en la materia rechazaban con motivos plenamente justificados esta posibilidad sorprende que ahora la encontremos recogida por el legislador andaluz, y de plano. Se trata de un exceso que ha de ser corregido, mediante su modificación o inaplicación, pues podrá incurrir en una potencial inconstitucionalidad ([74]).

La conclusión final, pues, es que los cursos selectivos tienen sus limitaciones y las mismas han de aceptarse para que el sistema funcione adecuadamente y no se produzcan mixtificaciones inaceptables.

VIII. LA CARRERA PROFESIONAL DE LOS FUNCIONARIOS INTERINOS

El EBEP en 2007, incluso para los funcionarios interinos de larga duración, acogió la idea, muy arraigada entonces, de que estos empleados públicos por no haber accedido a través de los procedimientos de selección a la función pública de

[73] El legislador básico asumió este planteamiento, si nos atenemos a su literalidad de pruebas selectivas de capacidad, en todo caso, en el artículo 18.2 *in fine* del EBEP.

[74] Pues ello seria contrario a los principios de mérito y capacidad e igualdad que informan el acceso a los empleos públicos funcionariales (art. 23.2 en conexión con el 103.3 de la Constitución).

carrera y contar sólo con nombramientos provisionales de naturaleza temporal, estaban excluidos de la promoción profesional cuyo régimen se encontraba recogido en el artículo 16, y, en consecuencia, estaban privados del aprovechamiento de las distintas modalidades de carrera profesional, que ya hemos examinado más arriba; reservadas, como hemos visto, exclusivamente para los funcionarios de carrera. Este planteamiento excluyente se traducía, además, en que, en clave de carrera retributiva, tampoco pudieran aspirar a percibir el complemento de carrera previsto como complemento retributivo que abona la progresión alcanzada por el funcionario (a secas) dentro del sistema de carrera administrativa debido a su exclusión expresa por el artículo 25.1. del propio EBEP, regulador de las retribuciones de los funcionarios interinos.

Estos planteamientos reduccionistas que tenían su fundamento en los límites del denominado enfoque analógico, conforme al cual solo se podían trasladar a su régimen aquellos elementos que no fueran los íntimamente propios de la función pública de carrera comenzaron a ser cuestionados, precisamente, por la existencia de los llamados empleados públicos interinos de larga duración, entre los que se encontraban también aquellos funcionarios que habían recibidos nombramientos temporales para la ocupación de vacantes de funcionarios de carrera ([75]). Con la diversificación de la función pública interina, que ya encontraremos recogida, para su uso pleno posterior en el artículo 10 del EBEP, y la aparición de pronunciamientos jurisprudenciales sobre distintos aspectos relativos a la carrera profesional de los funcionarios interinos en situación de precariedad, se producirá un profundo cambio normativo de ese precepto por la ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, que vino, incluso a matizar también el criterio de la analogía, ahora tipifcada del siguiente modo en su apartado 5: "Al personal funcionario interino le será aplicable el régimen general del personal funcionario de carrera en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición temporal y al carácter extraordinario y urgente de su nombramiento, salvo aquellos derechos inherentes a la condición de funcionario de carrera.

Actualmente, por consiguiente, hemos de partir de la diversidad funcional que recoge tanto el artículo 10 modificado del TREBEP, como de la temporalización (tres años) de los nombramientos funcionariales interinos por ocupación de vacante, con lo que a partir de ese momento sólo caben, y de manera temporal limitada, los nombramientos de estos empleados, las posibilidades de alegar para ellos algunas de

[75] El originario artículo 10 en su apartado 5, y recogiendo una tradición que se encontraba presnte ya en el TALFCE de 1964, fijaba esta analogía del siguiente modo: "a los funcionarios interinos les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera". Sobre esta cuestión puede verse nuestro trabajo que citamos en la nota siguiente a esta y en la bibliografía de la que nos servimos en él.

las modalidades de carrera (excluiríamos de partida, por motivos obvios, las promociones internas) se nos presenta bajo otro prisma. Lo que no significa que ni la carrera horizontal ni la vertical tengan por qué excluirse, como sucedía en 2007, de raíz.

Bajo estas imposiciones de la legislación básica estatal el legislador andaluz ha regulado en los apartado 4 del artículo 52 y en el apartado 5 del artículo 53 un tratamiento específico para la carrera horizontal de los funcionarios interinos (sin entrar en la diversidad funcional que encontramos en el nuevo artículo 1 del TREBEP), tratamiento que se ve completado, aunque sea totalmente contradictorio, con el régimen retributivo inasignado en sede de complementos, al denegárseles, en paralelo, el complemento de carrera (artículo 71). Y respecto de la carrera vertical, si damos peso a la literalidad que encontramos en el artículo, ya analizado, 56, en conexión ahora con el 124 que contempla los procedimientos de provisión exclusivamente reservados a funcionarios de carrera, la solución elegida parece ser la de descartar a estos funcionarios en este supuesto (si bien como veremos los interinos podrían ser incluibles, dada su literalidad en el apartado primero de artículo 123 que contempla unos principios generales).

a) En efecto, por lo que respecta a la carrera horizontal el legislador andaluz reconoce tal modalidad de carrera a los funcionarios interinos y además lo hace en términos sumamente explícitos, al declarar en su artículo 52.4 que "el personal funcionario interino tiene derecho a la carrera horizontal en los mismos términos que el personal funcionario de carrera, de la forma que resulte adecuada a la naturaleza de su condición temporal y al carácter extraordinario y urgente de su nombramiento". En este reconocimiento no se distingue entre las distintas modalidades de función pública interina y, en consecuencia, todas las previstas en el artículo 10 del TREBEP, serían merecedoras del reconocimiento de este derecho. Y de cara a hacer factible este derecho el apartado 5 del artículo 53 establece que "el tiempo de servicios prestados por el personal funcionario interino en el mismo grupo o subgrupo en el que adquiera la condición de personal funcionario de carrera es computable a efectos del reconocimiento de los correspondientes tramos de carrera horizontal".

Pero como decíamos, este reconocimiento no se ve acompañado de su traslación, lo que si sucede en el caso de los funcionarios de carrera, al capítulo retributivo. Y la razón de esta falta de correspondencia, es que el artículo 25.1 del TREBEP, como su correspondiente en la LFPAnd (art. 77.1), excluye de la percepción del complemento de carrera administrativa a estos funcionarios. Por lo tanto, sólo podrán percibirlo una vez que accedan a la función pública de carrera, sea cual sea la modalidad de función pública interina en la que el empleado se encontrara previamente, pero computando ese periodo o periodos previos.

b) Y por lo que respecta a la carrera vertical, si damos peso a la literalidad que encontramos en el artículo, ya analizado, 56, en conexión ahora con el 124 (y siguientes) que contempla los procedimientos de provisión ordinarios (o no) exclusivamente reservados a funcionarios de carrera, parece que se descarta semejante posibilidad; y esta regla específica habrá de imponerse a su potencial inclusión en los principios generales que se recogen en el artículo 123 de la LFPAnd. En nuestra opinión, se aprovecha ahora que el carácter extraordinario y la limitación temporal que tienen los nombramientos de estos empleados (tres años para los que se producen en plaza vacante) para anteponerse a prácticas que habían venido siendo seguidas durante el periodo en el que estuvo operativo el originario artículo 10 del TREBEP, que especialmente en relación con los denominados funcionarios públicos interinos de larga duración (con más de cinco años de duración de sus nombramientos), llevó a que estos pudieran no sólo participar incluso en concursos sino también en los procedimientos de libre designación ([76]). De este modo se cierra cualquier posibilidad a esta movilidad hacia otros puestos mediante provisión, quedando estos funcionarios públicos bloqueados en las plazas (o puestos) para los que han sido designados en sus nombramientos y sólo por el tiempo de duración en los mismos (con el tope de los tres años para los nombramientos en plazas vacantes).

IX. LA CARRERA PROFESIONAL Y EL DERECHO DISCIPLINARIO

Como punto final de este trabajo creemos que no desluce el mismo que hagamos un comentario sobre la manera en que el régimen sancionador considera la carrera como bien jurídico que puede actuar de soporte de la operatividad de las sanciones.

Como ya sabemos, el EBEP en el capítulo dedicado al Derecho disciplinario, recogió una de las peticiones de los estudiosos de que el demérito y la degradación apareciera como una de las sanciones a imponer a los funcionarios infractores como expresión palpable de la existencia real de la carrera administrativa y para dar así más recorrido a la operatividad del arco sancionador dotándolo de diversidad ([77]). Así, el TREBEP en su artículo 96 apartado primero e) establece el demérito, que consistirá en la penalización a efectos de la carrera, promoción o movilidad voluntaria, como posible sanción por razón de las faltas cometidas. De este modo la "pro-

[76] Hemos hecho mención a estas praxis en nuestro trabajo "El nuevo régimen del funcionario interino en plaza vacante tras el decreto-ley 14/2021, de 6 de julio. Del funcionario interino de duración indeterminada al funcionario interino temporal", publicado en *Documentación Administrativa*, 8, 2021, pp. 137-169.

[77] Posibilidad que ya defendimos en nuestro trabajo sobre *La carrera administrativa de los funcionarios públicos* (Valencia, Tirant, 1994).

tección" de la carrera administrativa o, por mejor decir, la completitud de la misma, queda acreditada cuando es posible que se pierdan posiciones en la misma y ello debe comportar que existe un mecanismo que articule claramente la posición de los funcionarios dentro de una escala o encuadre. Si los mismos estuvieran escalafonados, lo qe no es el caso, hablaríamos de pérdidas de puestos en el escalafón; y como no es así, es por lo que el legislador estatal estatutario proyecta esta sanción del demérito de modo muy amplio sobre la carrera, la promoción o movilidad voluntaria.

En este sentido, y si nos atenemos al tratamiento que la LFPAnd ha concretado esta sanción, vemos que lo ha hecho no centrándose en aspectos que pudieran entenderse como consolidados y que pudieran perderse (escalones, grados etc), sino a la imposibilidad de participar en convoctorias o en la ocupación de puestos de trabajo durante ciertos periodos. De este modo los elementos de la carrera que hayan podido ser consolidados asume un rasgo de irreversibilidad que no tendría de haberse extendido a ellos la sanción disciplinaria de demérito.

En efecto, al concretar como reglas específicas de las faltas muy grave y faltas graves la operatividad de esta sanción (art. 171. 1 d y 171.2 c) el legislador andaluz la limita a la imposibilidad de participar en algunas convocatorias para consolidar tramos de la carrera horizontal, procedimientos de provisión de puestos de trabajo o de promoción interna o la prohibición temporal de ocupar puestos de trabajo determinados.

En consecuencia, los distintos elementos que integran la carrera profesional, una vez consolidados, se ven así protegidos frente a la incidencia del demérito como sanción disciplinaria.

X. REFLEXIÓN FINAL

Si tuviéramos que establecer unas consideraciones finales sobre el modo en el que el legislador andaluz ha asumido en el desarrollo del TREBEP el capítulo de la carrera profesional tendríamos que decir que el mismo ha optado por una línea de intenso continuismo y asumiendo pocos riesgos en lo que respacta a la utilización de nuevos conceptos o renovación de los existentes, casi veinte años después de la promulgación del EBEP. Por consiguiente, puede decirse que se ha optado por lo seguro, por una línea de continuidad y entronque directos con las previsiones del TREBEP. Todo ello perfectamente justificable –aunque a los estudiosos nos guste siempre más la asunción de una línea de innovación constante- en razón de la tradición normativa andaluza de haber estado muchas décadas esperando la llegada de un texto legal completo verdaderamente adaptado a la realidad de las Administraciones de esta

Comunidad autónoma. Esta constituiría el enfoque general que encontramos en este capítulo legal y que probablemente sea una tónica general de sumarse a otros incluibles en la nueva ley. En este punto creemos que hubiera podido ser aprovechable el potencial planteamiento de algunas de las fórmulas innominadas de carrera que deja abierto el EBEP cuando habla de "entre otras" modalidades de carrera (carreras cruzadas, carreras mixtas, etc.) pero nada de esto, como decimos, encontramos en la LFPAnd., que no sea ha atrevido a entrar en esa *terra ignota*, quizás por los problemas de gestión y de otra naturaleza que pudiera suponer.

El planteamiento continuista, sin embargo, que es como decimos una constante del nuevo texto legal, no se sigue cuando hablamos de las modalidades de promoción interna. Aquí sí, puede decirse que se ha arriesgado, pero lo ha sido de una forma un poco imprudente, sin meditar profundamente los efectos que puede producir el enfoque elegido que pudiera entenderse de naturaleza innovadora desde la visión que pueden manejar sus redactores. En efecto, encontramos aquí dos planteamientos disruptivos: por un lado, la deslegalización y empoderamiento administrativo en sede de promoción interna (art. 57.2); por otro, y en esa misma sede, la recepción de los cursos formativos para promocionar en pie de igualdad con los procedimientos selectivos (en este caso concursos-oposiciones).

Sobre el primer enfoque seguido, creemos que ofrece mucha discusión la elección por la que se decanta el legislador andaluz, que ha rehuido aquí la imposición de unas reglas claras, con posible desarrollo reglamentario, y se ha decantado por unas medidas llamadas de fomento que en realidad deslegalizan esta materia y atribuye a cada Administración un papel protagonista en relación con la operatividad de la promoción interna, bien por si misma a través de actos jurídicos propios, bien por vía de sus propios reglamentos. No nos corresponde a nosotros tildar de inconstitucional las dos opciones elegidas, aunque sean calificables de transgresoras, pero si creemos que, en el fondo, no había necesidad de correr un riesgo innecesario y hacer que planee sobre este campo estas dudas que podrían haber sido perfectamente superadas con la elección de una fórmula flexible perfectamente posible de implementar, tal y como han venido a entender este ámbito normativo los otros legisladores autonómicos de desarrollo.

Finalmente, y por lo que respecta a los cursos formativos que se contemplan para que operen en pie de igualdad con el procedimiento de concurso oposición, nuestra opinión es que los mismos deberán de ser utilizados con otras fórmulas de pruebas selectivas porque creemos que los cursos, por muy bien articulados y ejecutados que estén, no suplen (sino que, a lo más, complementan), a las pruebas de medición de capacidades, competencias y conocimientos, que son la que efectivamente

dan la medida efectiva para poder progresar de unos cuerpos y especialidades hacia otros superiores. Asimismo, no cabe olvidar que el artículo 18.2 del EBEP impone la superación "de las correspondientes pruebas selectivas".

En suma, el tratamiento que el legislador andaluz ha efectuado de la carrera administrativa de los funcionarios públicos responde en esencia a una idea de continuidad con el régimen que venía existiendo en esta función pública desde 1985 y que ahora va a verse revitalizado y dotado de una nueva fuerza que permitirá equiparar a esta función pública a otras existentes en nuestro país, superando los defectos y las carencias que presentaba la legislación de desarrollo anterior y suscitando retos interpretativos y de desarrollo normativo a los que habrá que estar muy atentos en los próximos años.

Se abre, pues, una nueva etapa en la línea de evolución de la función pública de carrera en las Administraciones públicas de Andalucía y este mero hecho es por si sólo elogiable y creemos que el nuevo texto legal tendrá efectos muy provechosos para las organizaciones empleadoras y para todos los funcionarios públicos afectados, y sin que algunos puntos normativos tratados sin mucho acierto puedan hacerle desmerecedor a esta valoración de conjunto.

La provisión de puestos de trabajo y la movilidad interna en la nueva Ley de la Función Pública de Andalucía: Perspectivas Estatutaria y Organizativa

J. Javier Cuenca Cervera

Universidad de Valencia.

Departamento de Derecho Constitucional, Ciencia Política y de la Administración

Facultad de Derecho

j.javier.cuenca@uv.es

SUMeARIO: I. LA VARIEDAD DE PERSPECTIVAS. II. PROBLEMAS, OBJETIVOS Y FUNDAMENTOS DE LA PROVISIÓN DE PUESTOS Y LA MOVILIDAD INTERNA. III. LOS PROCEDIMIENTOS ORDINARIOS DE PROVISIÓN INTRODUCCIÓN. 1. El Concurso General. 2. El Concurso Específico. 3. La Libre Designación. 4. La movilidad voluntaria provisional: la "Comisión de Servicios". 5. La posibilidad de la Movilidad Interadministrativa. IV. LOS PROCEDIMIENTOS EXTRAORDINARIOS. 1. Movilidad temporal y estructural. 2. Movilidad forzosa provisional y por cargas de trabajo. 3. Movilidad forzosa definitiva. 4. Otras formas de movilidad. 5. Movilidad del Personal Laboral. V. CONCLUSIONES. VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

RESUMEN: El trabajo busca dar cuenta del tratamiento dado a la carrera basada en la ocupación de puestos y la movilidad por razones organizativas en la Ley 5/2023, de 7 de junio, de la Función Pública de Andalucía. Partiendo de los problemas recurrentes, de los objetivos y de las bases técnicas de una buena regulación de esta institución del derecho de la función pública, se analizan, desde una perspectiva normativa y funcional las modalidades ordinarias y extraordinarias de provisión de vacantes, con especial atención al marco normativo del concurso específico, de la libre designación, de la comisión de servicios y de los diversos supuestos de movilidad forzosa.

PALABRAS CLAVE: *provisión de puestos *movilidad interna *libre designación *concurso abierto y permanente *movilidad forzosa *acreditación de competencias

I. INTRODUCCIÓN: LA VARIEDAD DE PERSPECTIVAS

Pocas dimensiones en la regulación de la función pública resultan tan ilustrativas de lo que García de Enterría [1999 :178, e. o. 1960] denominó el "sistema de tensiones" entre los intereses de la organización administrativa y los intereses propios de sus agentes, los funcionarios públicos. De un lado la potestad organizatoria y la búsqueda de la eficacia en la gestión, "los intereses del servicio" mediante la periódica revisión de su estructura administrativa y el acople de las personas a las necesidades organizativas. Por decirlo con las palabras de uno de los documentos más relevantes a la hora de establecer el marco de las políticas de empleo público de los países desarrollados, la *Recomendación sobre Liderazgo y Capacidad en la Función Pública* aprobada por el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en 2019, los gobiernos, en su marco normativo *"(…) deberán establecer las condiciones para la movilidad y la adaptabilidad interna para que las habilidades se correspondan con la demanda"*. De otro, el interés de las personas en su progresión profesional, mucho más en el caso español en el que la carrera, entendida como grado personal[1], se ha cimentado, casi exclusivamente hasta la fecha, sobre la ocupación progresiva de puestos de trabajo o simplemente en conciliar su dimensión profesional y personal, derecho reconocido en el vigente texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público cuando consagra, entre los derechos, el de la *"(…) progresión en la carrera profesional y la promoción interna según principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad"* (art. 14.c del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, en lo sucesivo TREBEP).

La reciente promulgación de la Ley 5/2023, de 7 de junio de la Función Pública de Andalucía (en lo sucesivo, LFPA) es un buen ejemplo del intento de conciliar ambos intereses, pero dando a la dimensión institucional la importancia que merece. Este trabajo parte de la tesis de que el régimen de provisión de puestos de la función pública andaluza supone, al tiempo que un avance notable en las garantías del funcionariado en lo que atañe a sus oportunidades de carrera, un refuerzo de las potestades organizativas en materia de provisión de vacantes y en la movilidad interna. Sus veinte artículos suponen, como se detalla seguidamente, una muestra de este argumento.

Analizando las novedades de la regulación de la LFPA, pero sin perder de vista la dimensión organizativa, en un enfoque que incorpora tanto la perspectiva clásica del Derecho Administrativo a la hora de referirse a la relación estatutaria de

[1] La exposición de motivos de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública, LMRFP, concebía de hecho, la clasificación de puestos como la *"(..) base sobre la que ha de articularse la auténtica carrera administrativa"*, lo que desarrollaba en su artículo 20. Es lo que la doctrina, a la par que ha evidenciado sus insuficiencias, ha denominado como "movilidad intracorporativa" (MANZANA LAGUARDA, R., 1996:147)

las personas vinculadas a la organización administrativa como el más organizativo, propio de la Ciencia de la Administración, se tratan las innovaciones institucionales a la luz de los problemas existentes. Los siguientes apartados incluyen lo que en este trabajo se denominan como "bases técnicas" del régimen de provisión de puestos y de la movilidad interna, para, seguidamente, analizar los procedimientos "Ordinarios" de provisión en los que la voluntariedad del personal es la nota dominante o los denominados "Extraordinarios" en los que las necesidades *funcionales*, por decirlo con la expresión de la LFPA es el principio que guía la regulación.

II. PROBLEMAS, OBJETIVOS Y FUNDAMENTOS DE LA PROVISIÓN DE PUESTOS Y LA MOVILIDAD INTERNA

En este trabajo y siguiendo parcialmente a Férez (2006) se insiste en la variedad de perspectivas con las que analizar las "reglas del juego" mediante las que las Administraciones Públicas andaluzas -no debe obviarse la circunstancia de su aplicabilidad no solamente al entramado organizativo autonómico sino también a las entidades locales- cubren sus vacantes y ordenan la movilidad interna. Si la carrera del personal empleado público se entiende como *"(…) el conjunto ordenado de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso"* (arts. 50.1 LFPA y 16.2 TREBEP), dando carta de naturaleza a un perspectiva que enfatiza, mediante los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad las cuestiones más garantistas, especialmente a través de la consagración de normas que hagan posible la transparencia y la previsibilidad, que son las más relevantes para los y las profesionales que prestan servicio en la organización, no menos relevante es una perspectiva digamos, menos jurídica es la que, en un contexto económico y social en el que se reclama de los poderes públicos mayores cotas de eficacia, eficiencia y efectividad, se dote a las mismas de las capacidades -normativas en este caso- para alcanzar estos objetivos, lo que en términos prácticos se resume en regular adecuadamente las bases técnicas de la movilidad interna, incorporando adecuadamente, las potestades administrativas.

El desafío es conciliar ambas perspectivas, teniendo claro que la provisión "ordinaria" de puestos vacantes atañe tanto a la carrera, al menos a una modalidad de la misma, la denominada "carrera vertical" en los términos de los artículos 16.3.b del TREBEP y 56 de la LFPA -el ascenso a través de la estructura de puestos a otros de mayor responsabilidad, dedicación o dificultad técnica- como, en su modalidad extraordinaria, a las potestades organizativas.

Atendiendo a los principios y garantías -la perspectiva relacionada con las personas, sus deberes y en especial sus derechos- el punto de partida lo constituye el artículo 78 del TREBEP dado su carácter básico, atendidos su artículo 1º y su Adicional Primera. La ubicación sistemática del precepto, dentro del Título V, el dedicado a

la "Ordenación de la Actividad Profesional" ya resulta reveladora, enfatizando la dimensión instrumental. El régimen de cobertura de las vacantes internas -la *provisión de puestos*- se efectuará mediante los principios ya referidos de igualdad, mérito, capacidad y publicidad y a través de los procedimientos ordinarios de concurso y de libre designación con convocatoria pública. Teniendo presente, no obstante, que el capítulo III de este título, el dedicado a la cuestión, producirá sus efectos a partir de la entrada en vigor de las leyes de función pública -en este caso autonómicas- que se dicten en desarrollo del Estatuto Básico. Por tanto, hay que *leer* siempre ambas regulaciones, la estatal y la autonómica conjuntamente a la hora de analizar esta dimensión del régimen estatutario de la función pública andaluza, siempre atentos al carácter básico de lo estatal y a los supuestos de remisión específica[2].

Hecho este inciso referido a la normación de los principios y garantías básicos, la regulación estatutaria autonómica la encontramos en los artículos 123 a 143 de la LFPA. El primero recepciona en su apartado primero, procedente del derecho local[3], una importante regla, la denominada "garantía del derecho al cargo", entendida sin perjuicio de su adscripción a uno u otro puesto de trabajo. En esa voluntad del legislador de conciliar ambas perspectivas el derecho al cargo se predica como una noción anudada a la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera, el primero de los derechos reconocidos a estos (art. 14.a del TREBEP), pero enfatizando que lo es *sin perjuicio del puesto concreto que se desempeñe*. No menos relevante, situados como estamos en el terreno de los principios es el art. 123.2. Como es obvio, se reproducen, en la cobertura de los procedimientos ordinarios los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, pero añadiendo el de *idoneidad* para los puestos que se provean mediante el sistema de libre designación, un principio que, contemplado adecuadamente, supone una regla relevante en el acople del personal funcionario a los diversos destinos ofrecidos por la organización[4]. Otra regla no menos relevante es la proveniente del artículo 141 de la LFPA: los procedimientos de movilidad, tanto

[2] Ejemplos de lo cual serían los artículos 78.3 (otros procedimientos de provisión); 79.2 (plazo mínimo de ocupación de puestos para optar a otros); la operatividad en los casos de supresión o remoción; de cese en los puestos ocupados mediante libre designación, 80.4; las reglas propias de ordenación *"en el marco de la planificación general de sus recursos humanos"*, 81.1 o, en fin, las posibles medidas de movilidad interadministrativa voluntaria, 84.1.

[3] Se trata del artículo 141.1 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril.

[4] "Idoneidad" según el Diccionario panhispánico del español jurídico en su acepción cuarta, es la "*cualidad personal necesaria para la prestación de un servicio concreto o la asunción de un cargo.*" Es un término que recuerda el conocido aserto de que "el funcionario sigue a la función" y no a la inversa, como podría constatar, en más ocasiones de las deseables, cualquier observador especializado de la función pública en España. Puede suponer un avance notable, aunque hubiera sido deseable que incluyese a los dos procedimientos "ordinarios", englobando al concurso, circunstancia que sí se contemplaba en el proyecto de la Ponencia de la ley publicada el 17 de mayo de 2023 (Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía nº 186). No debemos olvidar que ya el Informe para el estudio y preparación de un Estatuto Básico del Empleado Público de

ordinarios como extraordinarios, estarán condicionados *"(…) a la existencia de puestos dotados y vacantes adecuados al cuerpo, especialidad o categoría profesional de la persona interesada (…) y al cumplimiento de todos los requisitos para su desempeño previstos en la relación de puestos de trabajo"*, en una especificación que no por obvia, resulta menos necesaria para cualquier estudioso de la realidad de la gestión de personal en nuestro país, autonómica o sobre todo, local.

Situados en una perspectiva organizativa ¿cuáles son los *objetivos* que pretende la institución de la provisión de puestos y la movilidad interna en el seno de las Administraciones Públicas? Ya se hizo referencia en la introducción al mandato de la OCDE para sus Estados miembros. No está de más recordar que entre nosotros, el Informe de la Comisión que dio lugar al EBEP de 2007 profundizaba en esta cuestión. Así, concebida como un elemento decisivo en cualquier modelo de recursos humanos, planteaba que una organización *"(…) solo puede ser eficiente si sabe situar en los puestos de trabajo a los empleados más capacitados"* (ICEBEP, 2005: 121). Y es justamente el balance que este grupo de expertos hizo de nuestra función pública -que no ha perdido un ápice de validez, vista la evolución posterior- el que resumía la situación real en la materia: insuficiente definición de los perfiles de idoneidad en la caracterización de los puestos de trabajo, rigidez y formalismo de los concursos, a través de unos baremos que no miden la capacidad real de los aspirantes y, como consecuencia de lo anterior, la comisión de servicios operando "de facto" como una suerte de válvula de escape en la que esta modalidad constituía el sistema *normal* de provisión, además de la extensión en ocasiones no justificada del sistema de libre designación (2005: 121 y ss.).

Por su representatividad, y evidencia de la situación realmente existente en muchas Administraciones territoriales, merece la pena citar otro diagnóstico, elaborado por un grupo de expertos presididos igualmente por el profesor Miguel Sánchez Morón[5], el que realizó el Informe, en 2016, que sirvió de base para una nueva ley de función pública autonómica, la valenciana 4/2021, de 16 de abril. Pues bien, en el citado informe se afirmaba que en la función pública de la Generalitat Valenciana "*Se ha creado en la práctica un modelo de organización del empleo público informal, un sistema de facto, quizás útil para subvenir a las necesidades perentorias de la gestión pública, pero que difícilmente puede contribuir a mejorarla."* En la práctica se ha asistido -en no pocas comunidades autónomas y entidades locales- a un sistema *informal* en el que los procedimientos ordinarios de provisión de puestos han sido sustituidos por la adscripción provisio-

2005 (ICEBEP) destacaba la relevancia de la noción de puesto de trabajo en la ordenación y gestión del personal, ya que a través del mismo se realiza la definición de perfiles de idoneidad (página 121).

[5] Resolución de la Consellera de Justicia, Interior, Reformas Democráticas y Administraciones Públicas, de 3 de marzo de 2016, por el que constituye un grupo de expertos para el diagnóstico de la Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana.

nal y por la comisión de servicios. Lo extraordinario se ha convertido en el modo ordinario de funcionamiento por una deficiente gestión de los efectivos[6]. Exceso de temporalidad, tanto en el acceso como en la provisión, carencia de herramientas de gestión previsional, falta de implantación real y operativa de un sistema de función pública como es el nuestro, basado en los puestos de trabajo y, sobre todo, la falta de convocatoria regular y periódica de las vacantes, explicarían este fenómeno.

Así las cosas, los *objetivos* de una buena regulación de la provisión de vacantes y de la movilidad interna serían los siguientes (ICEBEP, 2005:121, 124, 128, 131): la garantía efectiva de los principios de mérito y capacidad, asegurar la exigencia de eficacia y eficiencia administrativas, flexibilizar los concursos, tecnificar la función de valoración mediante órganos imparciales y especializados o en fin, asegurar una movilidad administrativa fomentada a través de acuerdos y convenios o la creación de sistemas de homologación de grupos y categorías serían las metas a conseguir. Y ello teniendo presente las *premisas* de nuestro sistema de empleo público: que la noción de puesto de trabajo sigue siendo central -mucho más que en la fase de ingreso, donde lo relevante es el cuerpo, la escala o la plaza- pues a través de él se realiza la definición de perfiles de idoneidad. La vigencia del reclamo se mantiene. Al menos a la luz del diagnóstico más reciente, el realizado por la Comisión que ha emitido el Informe titulado "13 Propuestas para reformar la Administración del Estado", para quien "*Deben transformarse los sistemas de provisión de puestos y movilidad, en el marco de la consolidación del puesto de trabajo como referente central de la organización del empleo público*" (2021, IV.3).

¿Sobre qué *bases técnicas* se fundamentan estos objetivos en la regulación? Puede decirse que, de dos tipos, unos de carácter *estático* y otro más *dinámico*[7]. Entre los primeros, entendidos como bases estructurantes del sistema, se hallan la fundamentación que se haga del puesto de trabajo como elemento central para, a partir de su contenido, elaborar el perfil profesional o de idoneidad -en términos de experiencia, conocimientos, aptitudes y destrezas o competencias. Esta ordenación de la función pública -Puestos y Personas- es la que encontramos en la normativa básica vigente, el

[6] El Informe daba cuenta de la magnitud del fenómeno. Teniendo en cuenta que la temporalidad en el acceso ya suponía un 34% del total de efectivos, en forma de interinos, otro 22% del total de 16.000 efectivos, se encontraba en su puesto en comisión de servicios. Esto es, el índice de provisionalidad global alcanzaba el 56%. Si la situación normal deseable es la de una persona funcionaria de carrera que ocupa un puesto de trabajo en régimen de adscripción definitiva, en más de la mitad de la plantilla esta circunstancia no se cumplía. Y es, repetimos, una situación habitual en el panorama de las Administraciones territoriales, excepción hecha de la Administración General del Estado.

[7] Utilizo, para analizar el fundamento organizativo de la provisión y la movilidad, un marco conceptual, aunque parcialmente distinto al empleado por su autor, inspirado en la obra de referencia dedicada al análisis de la carrera administrativa en nuestro derecho de la función pública, la realizada por ARROYO YANES, LM, 1994. *La Carrera administrativa de los funcionarios públicos*. Valencia, Tirant lo Blanch. Páginas 446 y siguientes.

Título V del EBEP ya referido, que muestra claramente la convergencia en nuestra legislación entre derecho administrativo y gestión pública, ya que es el marco regulador de los denominados "sistemas de estructuración", también denominados por la doctrina (Sánchez Morón, 2016) como "instrumentos de ordenación". Debemos tener presente que la noción de puesto de trabajo explicita una doble realidad, la *organizativa* -son las tareas cuyo desempeño se consideran necesarias y que requiere una serie de capacidades específicas que deben acreditar las personas que aspiren a ocupar esos destinos- y también, *jurídica*, ya que es la institución que, en la práctica, articula la relación de la persona empleada pública con su organización. Su adecuada caracterización es la clave de bóveda del sistema de empleo público.

Y a este respecto puede decirse que la LFPA muestra elementos que buscan dotar a la Administración de tales instrumentos. Así, si el artículo 104.1 de la misma ya define al puesto de trabajo como *"(…) la unidad básica de la estructura del empleo público"*, el artículo 45.3 define la competencia como el *"(…) conjunto integrado de conocimientos, habilidades, actitudes y valores"*.[8] Se regula así el instrumento para una gestión *integrada* (aplicable a todo el ciclo de gestión) de recursos humanos: la selección externa -parcialmente- y la selección interna y la movilidad -en la que resulta determinante-, sentando las bases para conectar selección y formación mediante las competencias, que deben ser, en todo caso, convenientemente acreditadas (art. 126.1 LFPA) en los concursos.

Y ¿qué decir del otro fundamento, la *dinámica*? En este punto la clave de funcionamiento es la inclusión en la convocatoria externa de las vacantes no cubiertas internamente, las *resultas*, que son las que forman la Oferta de Empleo Público[9]. La

[8] Para la OCDE en la Recomendación citada sobre Liderazgo y Capacidad en la Función Pública, las "competencias" se definen como *"(…) características observables en forma de conocimiento aplicado o comportamiento real, que contribuyen a un funcionamiento satisfactorio en un puesto o función específica."* Consagran así una versión más funcionalista y menos psicologista de las competencias, (Cuenca, 2010: 235) cercana a la que se maneja, por ejemplo, en el ámbito de la formación profesional o los grados universitarios, más cercana a la definición de "Skills" manejada por la OCDE para la función pública (2017:25): una destreza para realizar un cometido profesional adquirida a través de la formación y/o experiencia. Estas definiciones son importantes porque nos colocan en un plano, el de los comportamientos laborales observables y entrenables, vital en un planteamiento moderno que conecte formación y carrera, entendida como desarrollo profesional.

[9] Empleo un término proveniente de la parcialmente vigente, al menos para la Administración General del Estado, Ley de funcionarios Civiles de 1964 (texto articulado aprobado por el Decreto 315/1964, de 7 de febrero) y cuyo artículo 60 lo utilizaba para las vacantes que *resulten "(…) una vez realizado el concurso entre funcionarios del Cuerpo (…)"*. Excepción hecha de algunas sentencias dictadas en marzo de 2001, hoy la confección de la Oferta de Empleo Público no exige, obligatoriamente, de tal concurso. Cuestión distinta es su conveniencia. Como tempranamente recordara Cádiz Deleito (1987:117) cuando se habla de carrera profesional en el seno de una organización es útil manejar la noción de "mercado interno" para garantizar a los miembros de la organización ventajas sobre "los de fuera" para acceder a los diferentes puestos. Esto es, ofrecer a provisión interna antes que a selección externa los puestos mejor configurados en términos de condiciones de trabajo también tiene que ver con un concepto básico de carrera.

meta de la gestión es, disponer de una fuerza laboral en cantidad y calidad en el momento preciso. No basta con caracterizar funcionalmente los puestos y perfilar sus requisitos de idoneidad, es necesario vincular la selección externa con la provisión interna a la hora de cubrir los puestos de trabajo. Si hay una obligación de elaborar y publicitar las vacantes, no menos obligatorio debiera ser, en términos de buena administración el ofrecimiento regular, periódico, previsible y transparente de los destinos, vacantes o nuevos, a los efectivos existentes con anterioridad a su convocatoria externa. Y en este punto, la regulación de un "concurso abierto y permanente en el tiempo" o en todo caso, su convocatoria anual (art. 126.3 LFPA) supone una innovación destacable. Contemplado para los puestos de trabajo cuya forma de provisión sea la de "concurso general" -no para los que tengan la de "concurso específico"- ello supone plasmar un compromiso para los órganos gestores encargados de Función Pública o Personal.

III. LOS PROCEDIMIENTOS ORDINARIOS DE PROVISIÓN

Estos procedimientos son los que claramente siguen cimentando la carrera administrativa, al menos hasta la implantación efectiva de la denominada "carrera horizontal", entendida como *desarrollo profesional* -sin necesidad de cambiar de destino- y cuyos cimientos están constituidos por una adecuada caracterización de los puestos y por el establecimiento de marcos de competencias profesionales. En tanto la misma se implementa, la carrera basada en la ocupación de puestos por decisión voluntaria del personal empleado público seguirá siendo la modalidad predominante. Cabe esperar no obstante que esta modalidad sea complementada por la horizontal, ya que sus mimbres se encuentran recogidos en la LFPA (arts. 104.1 y 45.3), por lo que, en este apartado, vista la tesis sostenida relativa a que la ley andaluza avanza en las garantías efectivas de los principios básicos, el análisis se centra en las modalidades de concurso general, concurso específico, libre designación, movilidad provisional voluntaria o la interadministrativa.

1. El Concurso General

La regulación de esta modalidad ordinaria, recogida en el amplio artículo 126 LFPA trata de combinar la flexibilidad con un avance notable en la evaluación no solamente del mérito, sino también de las *capacidades*, destacando la posibilidad de valorar las *"(…) competencias adquiridas y convenientemente acreditadas"* (apartado 1), teniendo claro que mérito y capacidad son cuestiones conexas pero distintas[10]. Parece

[10] No está de más recordar la definición que proporcionó Morell Ocaña (1998:413) para quien el mérito tiene una formulación objetivada, referida al bagaje que la persona ha adquirido y posee. Justamente el sistema de mérito busca valorar tal esfuerzo. La capacidad, sin embargo, consiste en la *"(…) determinación*

abrirse así la puerta a que en el sistema ordinario de cobertura de puestos no genéricos puedan valorarse más dimensiones que las meramente formales o credencialistas. La acreditación de competencias puede ser una palanca efectiva de mejora de la gestión que permita concretar sobre el terreno no solamente principios como el mérito sino muy especialmente, la capacidad, dimensión crítica de la eficacia, algo ya contemplado en su día por el Tribunal Constitucional, por cierto, cuando enjuicio este sistema[11].

Por lo demás, hay que saludar como un avance la figura del "concurso general" y sobre todo, la modalidad del "concurso abierto y permanente en el tiempo", contemplando que, en todo caso, habrá, al menos, un concurso anual para los puestos cuya forma de provisión sea esta. La materialización de la remoción por causas como el cumplimiento inadecuado, el rendimiento insuficiente o la incapacidad sobrevenida o razones organizativas como la supresión o rediseño del contenido del puesto, causas todas ellas debidamente motivadas, completan su regulación (apartados 7 y 8 del art. 126 LFPA).

Por otra parte, hallamos incisos pensados desde la óptica de la gestión como son el plazo mínimo de dos años de permanencia en el puesto definitivo desde el que se participa como en el primer destino (arts. 126.6 LFPA y 79.2 TREBEP) o el plazo sumario previsto para estas convocatorias: diez días hábiles para las solicitudes y seis meses para su resolución (apartado 3).

2. El Concurso Específico

La recepción legislativa en Andalucía de una modalidad prevista en el reglamento estatal de 1990 supone una novedad que permite profundizar -más propiamente que en el concurso general- en la superación del formalismo que acompaña a los procesos de cobertura de vacantes. El artículo 127, concretando la posibilidad del artículo 79.1 del TREBEP, contempla la regulación clásica en dos fases: la general, de valoración de méritos y la específica, caracterizada como la *"(…) valoración de capacidades y aptitudes relacionadas con las funciones encomendadas al puesto de trabajo a cubrir"* para cuyo contraste podrán utilizarse desde pruebas de carácter práctico hasta la realización de memorias como también *"entrevistas u otros sistemas similares"*[12] con un

objetivada por la norma a partir de dos parámetros: la aptitud física y mental y la conducta del sujeto." A este respecto, la "conducta profesional" como parámetro a tener en cuenta para valorar el rendimiento, fue consagrado en 2007 por el art. 20.1 del entonces Estatuto Básico del Empleado Público, invariado por el posterior texto refundido de 2015.

[11] Sentencia nº 235, de 5 de octubre de 2000.

[12] Constituyendo las tareas del puesto el parámetro de validez para el diseño de las pruebas tendentes a evaluar las capacidades no está de más mencionar un tipo de entrevista que acredita un nivel suficiente de validez y fiabilidad, como es la "entrevista conductual estructurada" (ECE), muy superior a la entrevista practicada habitualmente y criticada, justamente, por su subjetividad. Tomando como base la

peso relativo, para esta fase, del cincuenta y cinco por ciento del total. Las funciones, dada su relevancia, acompañarán a la convocatoria (apartado 2), especificando que además de la función asignada al puesto -lo que en análisis de puestos se conoce como la *misión* o razón de ser- incluirá la relación de las principales tareas y responsabilidades.

El citado artículo 127 contempla otras novedades de interés desde la óptica de la gestión, como por ejemplo:

- La posibilidad de adjudicación a quien, sin alcanzar la puntuación mínima que se haya fijado potestativamente, haya obtenido la mayor puntuación, sin perjuicio de la realización de una nueva convocatoria (apartado 3).

- La regulación de la permanencia mínima en el puesto -tres años-, idéntica a la requerida para tomar parte en este tipo de convocatorias, también de tres años (apartados 8 y 9).

- La posibilidad de remoción, si bien el énfasis puesto en las tareas del puesto y su adecuado desempeño para esta modalidad lo hacen en la práctica, más objetivable (apartado 10).

3. La Libre Designación

Pocas figuras en el ordenamiento de la función pública habrán experimentado una mutación de facto como la operada con la libre designación, en especial en lo atinente a su cese, pero no solo. La LFPA, en su artículo 128 regula de modo pormenorizado, sus contornos, tanto en lo que se refiere a qué puestos pueden ser caracterizados con esta forma de provisión ordinaria y definitiva, como en especial a su nombramiento y cese, completando así la parca regulación del art. 80 TREBEP[13]. En ambas dimensiones la ley andaluza presenta novedades de interés.

entrevista de incidentes críticos y midiendo por tanto destrezas relacionadas con el desempeño del puesto y, especialmente, siendo ejecutadas por personas formadas, pueden constituir un instrumento de primer orden en la gestión de personas. Para ello, nada mejor que una puesta en práctica prudente. En la Administración española contamos con una experiencia relevante: la realizada en la Administración General del Gobierno Vasco para la provisión de puestos a partir del nivel 26. Pues bien, tanto en términos de fiabilidad del instrumento (Salgado, Moscoso y Gorriti, 2004) como de validez predictiva (Salgado, Gorriti y Moscoso, 2007) se ha demostrado que la ECE obtiene rendimientos muy superiores a los de otros instrumentos de selección. Para una validación de la práctica, véase la sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo contencioso-administrativo, de veintiocho de marzo de 2011 (recurso 3027/2008).

[13] No está de más recordar que la STC 87/2018, con cita de la 237/2000, ha recordado que la figura ha recibido el aval de la propia jurisprudencia constitucional. Las exigencias de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en cierto modo han limitado el perímetro de la figura van referidas, en primer lugar, a la tipología de puestos susceptibles de acogerse a esta forma de provisión, en una caracterización que debe ser un tanto excepcional, motivando las concretas razones basadas en los cometidos del puesto que lo justifican, sus circunstancias o naturaleza directiva (por todas, sentencia de 19 de mayo de 2016, recurso

En primer lugar el apartado segundo del artículo concreta los criterios a tener en cuenta en las relaciones de puestos para reservar esta forma de provisión: los puestos de trabajo singularizados que exijan una especial responsabilidad, colaboración y disponibilidad, así como aquellos que requieran una confianza personal para ejercer sus funciones, contemplando en todo caso (art. 128.2 LFPA) los de secretaría de altos cargos y aquellos puestos encuadrados en el subgrupo A1 que dependan directamente de altos cargos.

En segundo lugar, su definición como mecanismo de selección interna es más completa que la básica. Si bien consiste también en *la "(…) apreciación discrecional por el órgano competente de la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto"*, la normativa autonómica añade, además, *"de las competencias"*, en una especificación que, de desarrollarse, no resulta ociosa como parámetro con el que evaluar las cualidades de la persona nombrada y por tanto, supone un cierto avance en la motivación del nombramiento (de "propuesta motivada" de la persona titular del centro, organismo u órgano habla el apartado tercero, con cautelas adicionales si se trata de funcionario de carrera procedente de otra Administración pública). El régimen del nombramiento se completa con la posibilidad de su cobertura provisional, pero con la limitación de su obligada convocatoria en el plazo de un mes. Más discutible resulta, sin embargo, la posibilidad de la exención de la exigencia de los requisitos de formación y experiencia en estos casos.

Finalmente, y para el supuesto de cese, además de la discrecionalidad, se exige una motivación expresa[14] como presupuesto imprescindible para su adopción. La LFPA no concreta los supuestos que habiliten el cese, pero las reiteradas sentencias de los tribunales obligan a ponderar debidamente los elementos del caso que, en la práctica han revisado la pretendida discrecionalidad en esta materia.

1214/2015, con cita de las de 25 de marzo de 2010; 18 y 21 de mayo de 2006 y 13 de noviembre de 2012). Más relevante resulta, en segundo lugar, sin duda la motivación exigible en el nombramiento, pese a que formalmente la selección de la persona concreta responde a una elección basada en la libre apreciación de su idoneidad en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto, juicio que justificaría la idea de "confianza", pero que en todo caso no exime de exteriorizar las razones que llevan a optar por un candidato concreto frente a otro. Y lo que es más importante en el momento del cese: la exteriorización de qué condiciones objetivas o subjetivas anteriormente acreditadas han cambiado o desaparecido. (sentencias de 19 de septiembre de 2019, rec. 2740/2017 y 424/2023, de 29 de marzo, como más representativas).

[14] En nota anterior ya se ha destacado la afección que las diversas sentencias han tenido sobra la modalidad de la libre designación, en especial a la hora de su cese. Tanto que en la práctica la predicada discrecionalidad puede resultar inoperante a la hora de enjuiciar el caso concreto. Pese a que la legislación siga insistiendo en este punto. La exigencia de atender a las concretas circunstancias, relacionadas con la organización o la persona deben ser explicitadas, huyendo de expresiones estereotipadas o referidas a la competencia. En lo que supone un límite de la tan cacareada discrecionalidad que deberá ser tenido en cuenta por el órgano correspondiente. Siendo aconsejable, adicionalmente, huir de expresiones que aludan a la mera confianza personal, con abstracción de otras circunstancias organizativas o subjetivas relacionadas con el desempeño de las tareas.

4. La movilidad voluntaria provisional: la "comisión de servicios"

También en esta modalidad de cobertura no permanente la LFPA puede decirse que avanza en una línea más garantista, habida cuenta del abuso de la figura a la que se hizo referencia en la introducción. Así, el artículo 129 establece que:

- Su utilización únicamente será posible para los puestos cuya forma de provisión definitiva sea la de concurso general. No así los singularizados acogidos a la fórmula del concurso específico, lo que puede contribuir a limitar notablemente un uso inmoderado de la figura.

- Debe acreditar la concurrencia de dos circunstancias: tratarse de un supuesto de vacante por inexistencia o ausencia de su titular y existir necesidades urgentes, inaplazables o funcionales del servicio que así lo aconsejen. Nos hallamos ante la habitual remisión a conceptos jurídicos indeterminados que, como es sabido, requieren de una motivación expresa *ex* artículo 35.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAP). La referencia a motivos de orden *funcional* resulta, además, interesante por su novedad.

- La movilidad voluntaria provisional únicamente será posible si la persona funcionaria presta su consentimiento y si, obviamente, reúne los requisitos exigidos para su desempeño en la relación de puestos.

- Otra exigencia que avanza en el garantismo de su utilización es la exigencia de una convocatoria pública, aun de modo sumario y preferente[15], en la sede electrónica de la Consejería competente en materia de Función Pública, basada además en un baremo objeto de desarrollo reglamentario. Otro límite no menos relevante supone el ofrecimiento obligatorio de la vacante en concurso general. Aun con la posibilidad de excepcionar "por una sola vez" tal obligatoriedad hay que dejar constancia de que supone una limitación relevante.

-Se explicitan los supuestos de extinción de la ocupación provisional del puesto. Además de la obvia consistente en la incorporación del titular o toma de posesión de persona funcionaria de carrera, se contempla la posibilidad de la renuncia expresa de la persona adscrita provisionalmente o el cese, mediante resolución motivada, para el caso de cumplimiento inadecuado, rendimiento insuficiente o falta de adecuación funcional.

[15] La LFPA recepciona así una orientación jurisprudencial que exigía tal publicidad. Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo (contencioso-administrativa) de 24 de junio de 2019, recurso 1594/2017, en la que se analiza precisamente el artículo 81.3 del TREBEP.

5. La posibilidad de la Movilidad Interadministrativa

Hay que saludar como un avance la concreción y desarrollo de esta figura en la legislación andaluza, más allá de las posibilidades previstas en el artículo 84 del TREBEP, garantizando más ampliamente este derecho al personal funcionario de carrera, tal y como reza el artículo 137 de la LFPA, si bien exigiendo la reciprocidad y unos convenios de colaboración, eso sí, más inciertos. Tal y como viene siendo habitual, se diferencian, para el supuesto de cobertura definitiva, los supuestos de cobertura mediante concurso de los obtenidos por el procedimiento de libre designación, operando la integración en el primer caso, en la Administración de la Junta de Andalucía (art. 137.2 LFPA).

En todo caso, se obliga a una reflexión previa en orden a su empleo: cada Consejería será competente para proponer el número de vacantes susceptibles de ser provistas por personal perteneciente a otras Administraciones Públicas. El hecho de hallarse en el precepto regulador del concurso específico hace concluir que la movilidad interadministrativa solamente es posible para puestos singularizados caracterizados con este sistema de provisión definitiva (artículo 127.7 LFPA).

Y en lo que supone de novedad, resulta destacable la regulación de la comisión de servicios interadministrativa prevista en el artículo 138 de la LFPA, caracterizada como un procedimiento de movilidad de carácter voluntario *"(…) en cuya virtud el personal funcionario de carrera podrá ser asignado para prestar servicios con carácter temporal en una Administración Pública distinta de aquella a la que pertenece con carácter definitivo y en la que está en situación de servicio activo."* Su utilización requiere, además de la voluntariedad de la persona interesada, del previo acuerdo de las Administraciones afectadas, pudiendo alcanzar una duración máxima de hasta cuatro años prorrogables anualmente, para la realización de "programas o trabajos determinados" y con posibilidad de finalización anticipada por cualquiera de las Administraciones afectadas.

IV. LOS PROCEDIMIENTOS EXTRAORDINARIOS

Es en este ámbito en el que adquiere pleno sentido hablar de "movilidad interna" más que de provisión de puestos. Los procedimientos "extraordinarios" se conectan, mucho más claramente, con las potestades organizatorias que los ordinarios, base de la carrera vertical del personal funcionario en nuestro sistema. Varios son los supuestos sumariamente analizados en este epígrafe. Todos ellos como se verá, presentan novedades relevantes, en los que el énfasis en la eficacia se intenta cohonestar con las garantías del personal funcionario: la movilidad temporal y estructural; la movilidad provisional forzosa por cargas de trabajo; la movilidad forzosa definitiva o en fin, la reasignación de efectivos. Son desarrollos, todos ellos, de la posibilidad prevista en el artículo 81 del TREBEP, referida a la posibilidad de establecer, tanto

reglas para la ordenación de la movilidad como a la concreción de la movilidad forzosa.

1. Movilidad temporal y estructural

El artículo 130 de la LFPA regula la posibilidad, con carácter transitorio y en tanto la Consejería competente aprueba su sistema de estructuración del empleo -relación de puestos o instrumento similar de planificación- de acordar *"(…) el destino temporal del personal que permita ordenar la movilidad."* Los supuestos en los que cabe utilizar esta posibilidad recuerdan a los establecidos para los planes de racionalización en la esfera de la Administración General del Estado[16], a saber: reestructuración orgánica, asunción de nuevos servicios y funciones por la Junta de Andalucía u otras circunstancias excepcionales y urgentes.

El destino temporal asignado respetará los requisitos establecidos en la relación de puestos y tendrá una limitación temporal de seis meses prorrogables por otros seis, abriendo no obstante la puerta a que, previa manifestación expresa de conformidad por la persona afectada pueda prescindirse de este límite temporal, siempre y cuando subsistan los motivos que justificaron el cambio (apartado 2).

2. Movilidad forzosa provisional y por cargas de trabajo

Concebida en la práctica como un "traslado" forzoso, el artículo 131 de la LFPA regula la posibilidad, por "necesidades del servicio o funcionales" debidamente motivadas, de reasignar, bien que provisionalmente, a personal funcionario a un puesto de trabajo vacante, en un ámbito que alcanza tanto la propia Consejería como una agencia, con la cautela de que dicho puesto no haya podido ser cubierto previamente con carácter voluntario, bien provisionalmente mediante comisión de servicios o bien tras la realización de la correspondiente convocatoria de Concurso General y claro está, siempre que reúna los requisitos para su desempeño. La referencia a esta modalidad de concurso limita la figura a los puestos con esta forma de provisión, excluyéndose implícitamente los puestos singularizados acogidos al concurso específico.

No está de más recordar que es aconsejable que la motivación vaya referida a exteriorizar tanto las circunstancias habilitantes -de orden cualitativo si las causas alegadas ser refieren a las necesidades del servicio o funcionales o de orden cuantitativo si la motivación es la acumulación de tareas- como la persona concreta a la que afecta. Otras garantías adicionales son las geográficas (respeto de la localidad

[16] Artículo 2º del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos y Promoción Profesional de los funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, RGIPP.

de origen del puesto ocupado y en todo caso, respeto del límite provincial, superable con determinadas cautelas), las temporales (seis meses prorrogables por otros seis con la conformidad de la persona afectada) y también las retributivas: por decirlo en términos jurídico-laborales, si se trata de una movilidad descendente, se tendrá derecho a la percepción de un complemento personal transitorio por la diferencia; si lo es ascendente tendrá derecho a percibir las correspondientes al puesto efectivamente desempeñado.

3. Movilidad forzosa definitiva

El artículo 132 LFPA concreta, para las Administraciones andaluzas, la posibilidad prevista en el artículo 81.2 del TREBEP: el traslado definitivo (la persona y también el puesto de trabajo) del personal funcionario de carrera a consejerías, departamentos, unidades, entidades u organismos, distintos a los de su destino. El cauce para la adopción de esta medida es su articulación a través de un plan de ordenación de recursos humanos en términos normales, pero no solamente, ya que se prevé su empleo mediante "otros instrumentos de organización administrativa o de personal", en lo que parece contemplar, por ejemplo, una modificación de la relación de puestos de trabajo, como sistema de estructuración principal en nuestro empleo público.

Como es obvio, su implementación requiere de motivación, con detalle expreso de las necesidades organizativas o funcionales a que atiende la medida y va acompañada de una serie de garantías: desarrollo reglamentario previa negociación colectiva y garantías de índole geográfica. La figura, pensada como una modalidad de movilización, requiere, no obstante, de la voluntariedad para el caso de que el cambio de destino pueda implicar cambio del lugar de residencia.

4. Otras formas de Movilidad

Cabe destacar en este epígrafe la reasignación de efectivos como supuesto de movilidad extraordinaria "intracorporativa", regulado en el artículo 133 LFPA, prevista para la supresión de puestos, bien a través de un plan de recursos humanos u otro sistema de estructuración (señaladamente la relación de puestos o similar instrumento que los caracterice en términos funcionales y de requisitos de idoneidad). A diferencia del supuesto anterior, en el que se traslada la persona y el puesto, en este se requiere la existencia de otro puesto con un perfil de desempeño similar, en términos de formación, capacidades, aptitudes y experiencia. Esta forma de movilidad supone por lo demás su consideración de adscripción con carácter definitivo.

Otro supuesto que también supone, en términos prácticos la recepción legislativa del RGIPP de 1995 -concretamente de su artículo 66- es un supuesto que stricto

sensu no es una movilidad, interna, un cambio de destino cuanto una alteración relacionada con las tareas, la "atribución temporal de funciones" contemplada en el artículo 136 de la LFPA. Siempre y cuando, además de motivarse adecuadamente, en términos cuantitativos o cualitativos:

a) No se trate de tareas específicamente asignadas a otro puesto de trabajo, esto es, que se trate de tareas genéricas.

b) Cuyo volumen no pueda ser atendido con la dotación de personal existente. Y,

c) Se refiera a un periodo limitado en el tiempo: seis meses, solamente prorrogables si, además de persistir la causa, la persona afectada manifiesta expresamente su conformidad.

Es previsiblemente, un supuesto de utilización más frecuente, ya que al no implicar cambio de destino el puesto desempeñado sigue siendo el mismo y tampoco implica ningún tipo de afección retributiva, lo que en la práctica puede desnaturalizar la utilización de la figura, al no permitir incentivar la asunción temporal de otras tareas.

Por lo demás, otros supuestos de movilidad extraordinaria tienen como causa habilitante bien las razones de salud del personal funcionario, bien la movilidad por violencia de género, sin que en este último caso resulte necesaria ninguna motivación de índole organizativa para su efectividad.

5. Movilidad del personal laboral

Por último y para cerrar el perímetro de la regulación de la movilidad, tanto la ordinaria como la extraordinaria, es preciso dejar constancia de la posibilidad de la aplicación de todas las reglas descritas al personal laboral. El artículo 140 LFPA, en términos idénticos a los del 83 del TREBEP prevé una regulación subsidiaria: si en los convenios colectivos no se acuerdan términos distintos regirá lo establecido para el personal funcionario de carrera, lo que supone una convergencia deseable en estas cuestiones entre personal empleado público.

VI. CONCLUSIONES

El Título X de la nueva Ley 5/2023, de 7 de junio, de la Función Pública de Andalucía desarrolla, para el ámbito territorial de las Administraciones andaluzas las previsiones que el Estatuto Básico del Empleado Público le otorga desde 2007, en sus artículos 78 a 84. Pero el legislador andaluz va más allá de estas remisiones, innovando de manera significativa en algunos aspectos.

En este trabajo se ha argumentado que este texto legal, atendidos los problemas reales constatados supone, en primer lugar, una ampliación de garantías para el personal empleado público -no solamente funcionario de carrera, sino también, con determinadas precisiones, al personal laboral- en lo que supone una profundización de las garantías de publicidad y previsibilidad en la carrera vertical, la basada en la ocupación de puestos de trabajo. La exigencia de vacante dotada y de la acreditación de requisitos del personal funcionario como elemento imprescindible para su cobertura, el refuerzo de las garantías en supuestos de libre designación, la periodicidad contemplada para el concurso ordinario, las limitaciones que la ley instaura en materia de comisión de servicios, una movilidad interadministrativa mejorada, en especial la temporal o las garantías para la forzosa, llevan a esta conclusión.

Pero no menos relevante resulta, desde una óptica organizativa, el refuerzo de las capacidades de gestión, que permite, al menos normativamente atender las necesidades organizativas y/o funcionales. A partir del puesto de trabajo como elemento central y de la acreditación de competencias se desarrollan toda una serie de previsiones relevantes para las Administraciones públicas, tales como la garantía del derecho al cargo, sin perjuicio de su adscripción a unos u otros puestos de trabajo, la regulación del concurso abierto y permanente y el establecimiento de plazos sumarios en los procedimientos, la valoración de más dimensiones que las meramente credencialistas en el concurso específico o, en fin, la variedad de supuestos de movilidad interna por razones organizativas.

Analizando el marco normativo se puede concluir que se sientan las bases para una provisión de puestos efectiva y también para que la organización se dote de las capacidades organizativas que requiera el interés público. Al menos en términos formales. Si las reglas son interiorizadas por los gestores y por los actores con responsabilidad en materia de empleo público se habrá dado un paso de gigante en la consecución de la eficacia y en la limitación de la otra dimensión de la precariedad de las plantillas públicas, la proveniente de la provisionalidad en el desempeño de los puestos de trabajo.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARROYO YANES, L.M. 1994. *La carrera administrativa de los funcionarios públicos. Valencia*. Tirant lo Blanch.

CÁDIZ DELEITO, J.L. 1987. "Notas sobre la carrera profesional del funcionario público." En: *Documentación Administrativa*, nº 210-211, monográfico sobre la carrera administrativa. Madrid. INAP. Págs. 97-119

CUENCA CERVERA, J. J. 2010. *Manual de dirección y gestión de recursos humanos en los gobiernos locales*. Madrid. INAP.

FÉREZ, M. *La carrera administrativa: nuevas perspectivas*. 2006. Barcelona. CEMICAL.

GARCIA DE ENTERRÍA, E. 1999. (edición de 1960) "La organización y sus agentes: revisión de estructuras". En: *La Administración española. Estudios de ciencia administrativa*. Madrid. Civitas, 6ª edición. Págs. 169-214.

GENERALITAT VALENCIANA. 2016. *Informe para el estudio y modificación de la Ley 10/2010, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana*. Valencia. Conselleria de Justicia, Interior, Reformas Democráticas y Libertades Públicas.

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. 2021. *13 propuestas para reformar la Administración del Estado*. Madrid. Grupo de análisis y propuestas de reformas en la administración pública.

MANZANA LAGUARDA, R. 1996. *Derechos y Deberes de los funcionarios públicos. Valencia*. Tirant lo Blanch

MINISTERIO PARA LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 2005. *Informe para el estudio y preparación de un Estatuto Básico del Empleado Público*. Madrid. INAP-GOBERNA.

MORELL OCAÑA, L. 1998. *Curso de Derecho Administrativo*. Pamplona. Aranzadi.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE).

- 2019. *Recomendación del Consejo sobre Liderazgo y Capacidad en la Función Pública*.

- 2017. *Skills for a High Performing Civil Service*.

SALGADO, J.F, MOSCOSO, S. GORRITI, M. 2004. "Investigaciones sobre la entrevista conductual estructurada (ECE) en la selección de personal en la Administración General del País Vasco: Meta-análisis de la fiabilidad." En: *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*. Volumen 20, nº 2. Págs. 107-139.

SALGADO, J.F., GORRITI, M., MOSCOSO. 2007. "La entrevista conductual estructurada y el desempeño laboral en la Administración Pública española: Propiedades psicométricas y reacciones de justicia." En: *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*. Volumen 23, nº 1. Págs. 39-95.

SÁNCHEZ MORÓN, M. 2016. *Derecho de la Función Pública*. Madrid. Tecnos. 9ª edición.

Las situaciones administrativas en la nueva Ley 5/2023 de Función Pública de Andalucía

Jesús Ángel Fuentetaja Pastor
Catedrático de Derecho Administrativo (UNED)
jfuentetaja@der.uned.es

SUMARIO: I. EL LEGISLADOR ANDALUZ ANTE LA REGULACIÓN DE LAS SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. - 1. Concepto y finalidad de las situaciones administrativas. - 2. Marco constitucional y legislativo básico. - II. LAS SITUACIONES ADMINISTRATIVAS BÁSICAS EN LA LEY DE FUNCIÓN PÚBLICA DE ANDALUCÍA. - 1. Servicios especiales. - 2. Servicio en otras Administraciones Públicas. - 3. Excedencia voluntaria por interés particular. - 4. Excedencias sociales protectoras. - III. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS PROPIAS DE LA LEY DE FUNCIÓN PÚBLICA DE ANDALUCÍA. - 1. Situaciones causadas por voluntad del funcionario. - A. Excedencia voluntaria por prestación de servicios en el sector público andaluz (154 LFPA). - B. Excedencia por incompatibilidad (155 LFPA).- C. Excedencia con reserva de puesto (156 LFPA).- D. Excedencia voluntaria incentivada (157 LFPA).- 2. Situaciones causadas por la potestad autoorganizatoria de la Administración. - A. Excedencia forzosa (158 LFPA). - B. Expectativa de destino (159 LFPA).- IV. LAS SITUACIONES DE SUSPENSIÓN. - V. LAS SITUACIONES ADMINISTRATIVAS DE LOS FUNCIONARIOS INTERINOS. - BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN: La Ley 5/2023, de 7 de junio, de la Función Pública de Andalucía, establece, por primera vez, un régimen jurídico específico para las situaciones administrativas de los funcionarios de esta Comunidad Autónoma. Este régimen jurídico incluye, por un lado, un desarrollo y adaptación de las situaciones administrativas básicas al sistema institucional y administrativo de Andalucía y, por otro, la creación de situaciones administrativas propias: Excedencia voluntaria por prestación de servicios en el sector público andaluz; excedencia por incompatibilidad, excedencia con reserva de puesto, excedencia voluntaria incentivada, excedencia forzosa y expectativa de destino. La situación de suspensión de funciones presenta una modalidad propia cuando se decide por razón de procedimiento o condena penal.

Finalmente, la Ley dedica un artículo singular a las situaciones administrativas de los funcionarios interinos.

ABSTRACT: Law 5/2023 of 7 June on the Civil Service of Andalucía establishes, for the first time, a specific legal regime for the administrative situations of civil servants in this Autonomous Community. This legal regime includes, on the one hand, a development and adaptation of the basic administrative situations to the institutional and administrative system of Andalucía and, on the other hand, the creation of autonomous administrative situations: voluntary leave (of absence) for service in the Andalusian public sector; leave due to incompatibility, leave with reservation of post, voluntary leave with incentives, forced leave and expectation of post. The situation of suspension of functions has its own modality when it is decided due to criminal proceedings or sentence. Finally, the Law includes a special article on the administrative situations of interim civil servants.

PALABRAS CLAVE: situaciones administrativas – servicios especiales – excedencia – suspensión de funciones – funcionario interino

KEY WORDS: administrative situations - special services - leave of absence - suspension of duties - interim civil servant

I. EL LEGISLADOR ANDALUZ ANTE LA REGULACIÓN DE LAS SITUACIONES ADMINISTRATIVAS

La Ley 5/2023, de 7 de junio, de la Función Pública de Andalucía[1], establece, por primera vez, un régimen jurídico propio para las situaciones administrativas de los funcionarios de esta Comunidad Autónoma, pues la anterior Ley 6/1985 omitió la regulación de este componente del régimen funcionarial, remitiéndose –por supletoriedad– al régimen estatal.

No hay duda de que el Legislador andaluz aprovecha, así, el marco abierto por la legislación básica funcionarial –Estatuto Básico del Empleado Público–, que desde 2007 emplazaba a los Legisladores autonómicos para que aprobaran nuevas Leyes de Función Pública para sus Administraciones conforme a esa nueva regulación básica. En materia de situaciones administrativas, el Estatuto Básico del Empleado Público incluye, por un lado, una normativa directamente aplicable de situaciones administrativas básicas, que el Legislador autonómico puede complementar o adaptar a su realidad institucional y administrativa y, por otro, una habilitación para la creación de situaciones administrativas propias, indicando algunas circunstancias que podrían requerirlo.

[1] En adelante, LFPA.

Ese doble alcance de la actuación del Legislador autonómico respecto a la regulación de las situaciones administrativas exige recordar no sólo las premisas constitucionales y legislativas básicas en el que aquel actúa, sino también el propio concepto y finalidad de las situaciones administrativas, que determinan la posibilidad y justificación de las situaciones administrativas autonómicas.

1. Concepto y finalidad de las situaciones administrativas

La constitución y eficacia de la relación jurídica funcionarial determina la producción de unos efectos jurídicos que conforman la situación jurídica del funcionario, consistente en el conjunto de derechos, deberes y responsabilidades que la normativa estatutariamente establece. Desde el punto de vista de su eficacia y efectividad, esta situación jurídica, primariamente, impone al funcionario el deber de prestar sus servicios profesionales en el puesto de trabajo que se le haya asignado y le reconoce, correlativamente, el derecho a la percepción de las retribuciones correspondientes. Sin embargo, según determinadas circunstancias, la Ley puede configurar situaciones jurídicas particulares con un contenido específico de derechos, deberes y responsabilidades. De esta manera, la relación jurídica funcionarial puede tener un contenido diferente según la situación jurídica en la que se encuentre en cada momento el funcionario, conformando una suerte de «mini-estatutos» particulares. A esas diferentes situaciones jurídicas se las denomina «situaciones administrativas».

Las situaciones administrativas responden, como decimos, a circunstancias heterogéneas que la normativa considera para evitar que se extinga la relación funcionarial. Así, que un funcionario sea elegido parlamentario nacional o autonómico, o nombrado miembro de un Gobierno o de una institución pública; que obtenga un puesto en otra Administración; que necesite cuidar a un hijo o a un familiar; que sea suspendido por la instrucción de un procedimiento sancionador o un proceso penal; etc. Son circunstancias que, evidentemente, impiden al funcionario prestar sus servicios y que, en puridad, abocarían a que se extinguiera la relación funcionarial. Sin embargo, la Función Pública quiere evitar esa abrupta consecuencia, pues le interesa mantener la relación y no perder definitivamente a un funcionario, aunque mientras duren las circunstancias en cuestión no pueda trabajar para la Administración a la que pertenece. Es la Ley la que tiene que valorar y ponderar las circunstancias que justifican que el funcionario no preste los servicios que debiera sin que se extinga la relación jurídica con él. Así, facilitar que los puestos políticos, públicos e institucionales sean nutridos con funcionarios puede resultar de interés para enriquecer y ennoblecer esos cargos con personal que, al menos, ha acreditado su capacitación y profesionalidad en pruebas objetivas y exigentes, amén de la experiencia obtenida en el desempeño de puestos funcionariales. También que los funcionarios no tengan que dejar de serlo para cuidar a hijos pequeños o a familiares dependientes, o para

protegerse efectivamente de situaciones en las que padecen violencia de género o terrorista.

Las circunstancias que son amparadas por el Legislador para conformar una posición jurídica singularizada del funcionario pueden tener su origen, bien en la propia voluntad de éste –servicios especiales, servicio en otras Administraciones Públicas, excedencia voluntaria, excedencia para el cuidado de familiares, etc.–, constituyendo, así, auténticos derechos del funcionario, bien en la ajena voluntad de la Administración, articulando, entonces, facultades de su potestad de autoorganización (v.gr. reorganizaciones administrativas, reducción de efectivos).

En el caso de las situaciones administrativas producidas por la voluntad del funcionario, la Ley debe amparar y contemplar tales decisiones del funcionario para evitar que se consideren una renuncia tácita. Así, si un funcionario acepta un nombramiento en un puesto institucional (Gobierno nacional o autonómico) o en otra Administración a resultas de un procedimiento de provisión o, simplemente, deja de prestar los servicios debidos para servir a sus intereses particulares.

En el caso de las situaciones administrativas derivadas del ejercicio de la potestad de autoorganización de la Administración, las decisiones de ésta afectan a los derechos y deberes de los funcionarios con la unilateralidad e imperatividad que caracteriza a los actos administrativos. De ahí la necesaria cobertura legislativa de las facultades organizativas –procedimiento y presupuestos de ejercicio (redistribución de personal, procedimiento disciplinario o penal, etc.)– y de sus efectos que, en sentido estricto, son los que conforman las consecuentes situaciones jurídicas concretas. Así, una reasignación de efectivos puede abocar a la situación administrativa de expectativa de destino, de verse privado el funcionario de puesto en el que desempeñar sus funciones.

En última instancia, el juicio del Legislador para amparar circunstancias generadoras de situaciones administrativas refleja no sólo la posición institucional de la Función Pública respecto al nivel político y a la sociedad o el mercado, sino también el equilibrio entre los derechos de los funcionarios y la potestad de autoorganización y de gestión de la Administración.

Todos estos elementos deberán ser tenidos en cuenta para comprender el uso que el Legislador autonómico puede hacer de las situaciones administrativas, al atribuir derechos a los funcionarios y facultades de organización y gestión a la Administración.

2. Marco constitucional y legislativo básico

Partiendo de esta premisa conceptual de las situaciones administrativas, se entiende que su regulación esté incluida en la reserva de ley del estatuto funcionarial (art. 103.3 CE), pues no en vano las distintas situaciones concretan el estatuto jurídico de derechos, deberes y responsabilidades del funcionario.

Junto a esa reserva de ley, el otro aspecto constitucional que es necesario analizar es la distribución competencial de su regulación. Y, más específicamente, la posibilidad para el Estado de establecer una regulación básica de las situaciones administrativas, no tanto por considerarlas en abstracto incluidas en tal calificación –STC 61/1987– como por la comprensión de lo que, en esta cuestión, debe ser común a todas las Funciones Públicas.

Aunque en su momento la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, especificó en su regulación aquellas situaciones que consideraba el Estado como básicas, permitiendo un cierto margen de actuación a las Comunidades Autónomas para establecer por Ley nuevas situaciones, lo cierto es que el mimetismo de aquellas al regular –o, mejor dicho, al no regular siquiera, como fue el caso de Andalucía- esta materia, hacían que incluso entrase en juego, con virtualidad supletoria, el Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado. A resultas de todo ello, el panorama normativo de las situaciones administrativas en España ofrecía una paradójica homogeneidad[2].

Contra esta homogeneidad va a reaccionar el Estatuto Básico del Empleado Público, que sólo intencionadamente la va a mantener en relación con aquellas situaciones administrativas que constituyen derechos otorgados a los funcionarios por el Legislador. Para ello, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público[3] distinguirá en esta materia de situaciones –al igual que en todo su articulado[4]– el estatuto «subjetivo» de derechos funcionariales –situaciones en cuanto que derechos– y el estatuto «objetivo» de potestades de organización –situaciones en cuanto técnicas de organización o de gestión–, procediendo a una regulación intensa de las primeras y a una mera mención o habilitación de las segundas.

---

[2] Vid., CASTILLO BLANCO, F.: "Las situaciones administrativas de los empleados públicos" en Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (Dir. M. Sánchez Morón), Lex Nova, 2007, p. 505.

[3] Hoy Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, TREBEP).

[4] Vid. FUENTETAJA, J.: "El Estatuto Básico del Empleado Público" en *Revista de Administración Pública*, nº 174, 2007, pp. 457-499.

Sea como fuere, con carácter básico, se reconocen las siguientes situaciones: servicio activo; servicios especiales; servicio en otras Administraciones Públicas; excedencia (en cuatro modalidades: voluntaria por interés particular; voluntaria por agrupación familiar; por cuidado de familiares; por razón de violencia de género; por razón de violencia terrorista); y suspensión de funciones. Pese a su previsión, la intensidad de regulación es muy diferente de una a otra, según los principios y criterios arriba indicados.

Pero el elenco no es ni mucho menos cerrado, pues precisamente se ha abierto en todo aquello que permita a las Administraciones Públicas dotarse de técnicas de organización y de gestión de recursos humanos, también a través de la institución de las situaciones administrativas. El Estatuto Básico es nítido cuando en su artículo 85.2 EBEP, señala:

"Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto podrán regular otras situaciones administrativas de los funcionarios de carrera, en los supuestos, en las condiciones y con los efectos que en las mismas se determinen, cuando concurra, entre otras, alguna de las circunstancias siguientes:

a) Cuando por razones organizativas, de reestructuración interna o exceso de personal, resulte una imposibilidad transitoria de asignar un puesto de trabajo o la conveniencia de incentivar la cesación en el servicio activo.

b) Cuando los funcionarios accedan, bien por promoción interna o por otros sistemas de acceso, a otros cuerpos o escalas y no les corresponda quedar en alguna de las situaciones previstas en este Estatuto, y cuando pasen a prestar servicios en organismos o entidades del sector público en régimen distinto al de funcionario de carrera.

Dicha regulación, según la situación administrativa de que se trate, podrá conllevar garantías de índole retributiva o imponer derechos u obligaciones en relación con el reingreso al servicio activo".

Obsérvese que las circunstancias que permiten crear nuevas situaciones administrativas ni siquiera son tasadas, pudiendo por Ley ampararse en otras diferentes para alumbrar situaciones novedosas. Los únicos límites vendrían dados por no poder afectar a la regulación básica de las situaciones administrativas del EBEP, por la imposición de obligaciones a otras Administraciones Públicas y por no poder afectar a la extinción de la relación funcionarial.

En cualquier caso, este marco legislativo básico de las situaciones administrativas permite numerosas opciones por las que se puede decantar el Legislador autonómico, tal y como ha hecho la Ley 5/2013 de Función Pública de Andalucía. De entra-

da y con carácter general, por la diferente concepción que se tenga de la regulación básica, ya se entienda como normativa uniforme, ya se comprenda como mínimo mejorable. En lo que respecta a las situaciones administrativas básicas, ya hemos señalado que la función de la legislación de Función Pública de cada Administración puede ser la de complementar, desarrollar o adaptar la legislación básica. Y en relación con las nuevas situaciones que pueda crear la Ley de desarrollo, hay que señalar que el sistema de situaciones administrativas básicas no en sí mismo autosuficiente, pues faltan circunstancias no contempladas en el Estatuto Básico (v.gr. incompatibilidad, privación indefinida de puesto), por lo que éste no sólo habilita sino que difiere al Legislador de desarrollo completar el sistema de situaciones administrativas, de ahí que se limite a proponer circunstancias que justificarían la creación de nuevas situaciones, pero no limitándolas.

II. LAS SITUACIONES ADMINISTRATIVAS BÁSICAS EN LA LEY DE FUNCIÓN PÚBLICA DE ANDALUCÍA

Ya hemos señalado la función de complemento y adaptación que desempeña el Legislador que desarrolla las situaciones administrativas básicas, por lo que nos limitaremos a señalar los aspectos originales introducidos por la Ley andaluza[5]. De entre estas situaciones, en todo caso, es preciso diferenciar el conjunto de excedencias que podríamos denominar «sociales protectoras» (agrupación familiar, cuidado de familiares, por violencia de género o terrorista), por la comprensión que de ellas hace la Ley 5/2023 y que explican las previsiones que respecto a ellas incluye.

1. Servicios especiales

En lo que respecta a la situación de **servicios especiales**, aparte de precisar o adaptar al complejo institucional y administrativo de Andalucía los supuestos que pueden dar lugar a esta situación, la Ley se detiene en especificar los efectos que produce. Así por ejemplo, retributivamente se reproduce el criterio de que el funcionario en esta situación percibe las retribuciones del puesto o cargo que desempeñe, advirtiendo que ello incluye los trienios que tuviera reconocidos en cada momento. Y a tal fin, establece que cuando las retribuciones por los trienios reconocidos no pudieran, por causa legal, ser percibidas con cargo a los correspondientes presupuestos de la Administración o entidad en que preste sus servicios el funcionario, deberán ser

[5] Para una exposición general del régimen básico de las situaciones administrativas, Vid. PARADA, R. y FUENTETAJA, J., Derecho de la Función Pública, 2ª ed., Civitas Thomson Reuters 2019, pp. 373-409, así como el capítulo a ellas dedicado en SANCHEZ MORÓN, M., Derecho de la Función Pública, 16ª ed., Tecnos 2023.

retribuidos por aquella en la que ocupó el último puesto de trabajo en situación de servicio activo (146.2 LFPA).

Continuando con esta lógica de evitar vacíos operativos, la Ley especifica que, a los efectos de la carrera horizontal y vertical, el tiempo de permanencia en la situación de servicios especiales computará como tiempo desempeñado en el último puesto del cual se fuera titular antes de su declaración en la situación de servicios especiales, o en el que se haya obtenido posteriormente por un sistema de provisión ordinaria.

Sin embargo, el tiempo en servicios especiales no le será computado al personal que, habiendo ingresado al servicio de las Instituciones de la Unión Europea o al de entidades y organismos asimilados, ejercite el derecho de transferencia establecido en el Estatuto del personal funcionario de la Unión Europea. Hace referencia la Ley a la previsión que recoge el art. 11 del Anexo VIII del Estatuto de funcionarios de la Unión Europea[6], que atribuye a éstos el derecho de transferencia al sistema de previsión social del personal de la Unión, desde el sistema nacional de previsión a que estuvieran afiliados, bien el equivalente actuarial, bien el total de las cantidades de rescate de los derechos o pensión de jubilación que hubieran adquirido. De esta manera, el funcionario conservaría los derechos de pensión adquiridos –o en proceso de adquisición– en el sistema de previsión social español.

La Ley 5/2023 reproduce una previsión del propio Estatuto Básico que podría plantear dudas de compatibilidad con el Derecho europeo, pues establece que a los funcionarios sometidos a ella no les será computable –a efectos de carrera horizontal y vertical– el tiempo en situación de servicios por haber ingresado en la Función Pública de la Unión, si ejercieron el citado derecho de transferencia de derechos de pensión causados en el sistema de pensiones español. Como puede observarse, se lleva a cabo una mezcla de planos heterogéneos –derechos de pensión y derechos administrativos a efectos de carrera–, que dificulta la justificación de la medida y hasta la hace incomprensible. Más aún, bien podría considerarse contraria al Derecho de la Unión, pues del ejercicio de un derecho subjetivo atribuido por este Ordenamiento se derivaría un perjuicio que, por ello, disuade de su ejercicio. No se trata tanto de que la previsión en cuestión sea contraria al principio de efectividad –pues, en este caso, la disposición autonómica no tiene por objeto ejecutar la norma europea para que ésta despliegue sus efectos– como que el ejercicio de un derecho atribuido por el Derecho de la Unión es causa de un perjuicio a su titular.

[6] Reglamento nº 31 (CEE) y 11 (CEEA) por el que se establece el Estatuto de los funcionarios y el régimen aplicable a los otros agentes de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (DO 45 de 14.6.1962, p. 1385)

Elemento fundamental del régimen jurídico de esta situación administrativa es la posible **reserva del puesto de trabajo** desde el que se pasa a la misma. Factores contrapuestos de garantía de derechos del funcionario y de gestión de personal condicionan la opción por la que se decante el Legislador. El básico defirió –y difirió– la decisión al de desarrollo, limitándose a establecer una garantía mínima consistente en el derecho «a reingresar al servicio activo en la misma localidad, en las condiciones y con las retribuciones correspondientes a la categoría, nivel o escalón de la carrera consolidados» (87.3 TREBEP). Ahora la Ley de Función Pública de Andalucía establece que la situación de servicios especiales dará derecho a la reserva del mismo puesto de trabajo única y exclusivamente si este hubiese sido obtenido con carácter definitivo mediante concurso, lo cual refleja una adecuada reflexión de los sistemas de provisión, descartando no ya los temporales, sino incluso la libre designación.

La regulación se completa con la garantía de carrera de altos cargos, institucionales o electivos[7], que recibirán en la progresión en su carrera profesional el mismo tratamiento que el establecido para los directores o directoras generales y otros cargos equivalentes o superiores de la Administración General de la Junta de Andalucía.

2. Servicio en otras Administraciones Públicas

La regulación innovadora que de esta situación hace la Ley de Función Pública de Andalucía es prácticamente inexistente, limitándose a especificar los procedimientos de provisión que la dan lugar –concurso y libre designación–, redacción que, lejos de ser restrictiva respecto al Estatuto Básico –que habla de «los sistemas de provisión previstos en este Estatuto»–, coincide con él, porque los sistemas extraordinarios –permutas, movilidad, etc.– son opciones abiertas al Legislador de desarrollo.

Por tanto, lo que destaca de la regulación de esta situación es lo que se omite: el régimen de reingreso al servicio activo, cuestión que, en última instancia, deberá decidir la Administración caso por caso, pues la heterogeneidad organizativa de cada Función Pública hace inviable no ya normativa general de cada Administración –como podría haber sido el caso de la Ley 5/2023–, sino siquiera criterios preestablecidos multilateral o bilateralmente a través de convenios de Conferencia Sectorial o instrumentos de cooperación, respectivamente.

3. Excedencia voluntaria por interés particular

[7] Concretamente, "alto cargo, miembro del Poder Judicial o de otros órganos constitucionales o estatutarios, alcalde o alcaldesa retribuido y con dedicación exclusiva, presidente o presidenta de Diputación o de Cabildo o Consejo insular, o miembro de las Cortes Generales, del Parlamento de Andalucía o de las asambleas legislativas de las demás Comunidades Autónomas" (146.5 LFPA).

La regulación de la excedencia voluntaria por interés particular en la Ley 5/2023 destaca no tanto por las concreciones a las que habilita la propia normativa básica como por la introducción de limitaciones que ésta no contempla. Expresión de lo primero es el período mínimo de servicios efectivos previos que es requisito para obtener esta excedencia, que la Ley de Función Pública de Andalucía cifra en dos años, inferior a los cinco que, en principio, recoge el Estatuto Básico.

En lo que respecta a las limitaciones que constituyen opciones propias de la Ley andaluza, ésta establece un período mínimo de dos años de duración de esta excedencia voluntaria por interés particular, sin imponer, en cambio, límite máximo. Asimismo, la Ley 5/2023 prescribe que el derecho a solicitar esta excedencia solo puede ser ejercitado otra vez por la misma persona si han transcurrido dos años de servicios efectivos desde el final de la anterior excedencia.

Pero la previsión más original es la que hace referencia a la imposibilidad de obtener esta excedencia cuando el funcionario de carrera «esté pendiente del cumplimiento de una sanción» (149.2 LFPA), además de cuando se le instruya un procedimiento disciplinario, regla ésta que sí que es recogida tanto en el Estatuto Básico como en la Ley Andaluza. Se suele explicar esta última limitación por la intención de evitar que el funcionario eluda su responsabilidad disciplinaria. Con la primera, en cambio, tal responsabilidad ha sido declarada, pero la sanción que se impone como consecuencia deberá ser cumplida o ejecutada para que el funcionario pueda obtener la excedencia voluntaria. Tal requisito no figura en el Estatuto Básico, aunque si lo hiciera en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 (art. 45.4).

Realmente, la responsabilidad disciplinaria en la que incurre el funcionario por comisión de infracciones de tal naturaleza, con la consecuente sujeción a la potestad disciplinaria de la Administración, forma parte del contenido de la relación funcionarial, por lo que, vigente ésta, siempre será posible que el funcionario se encuentre, con sus actos infractores, en esa situación jurídica de responsabilidad. De ahí que, en sentido estricto, sólo con la extinción de la relación funcionarial se produciría la extinción de la responsabilidad disciplinaria y la no sujeción a la potestad disciplinaria de la Administración. Por ello, la normativa excluye la eficacia de la renuncia del funcionario cuando se estén dilucidando sus eventuales responsabilidades disciplinaria o penal (64 TREBEP), evitándose así que impida la posible declaración de responsabilidad. Sin embargo, en el caso de la excedencia voluntaria, la relación funcionarial permanece y, con ella, la plena responsabilidad del funcionario por las infracciones que cometiera en el ejercicio de sus funciones. En puridad, la situación de excedencia voluntaria ni extingue la responsabilidad ni la sujeción a la potestad disciplinaria de la Administración.

Sea como fuere, el Legislador, en la libre configuración de esta situación –causada por la libre voluntad del funcionario– considera que el funcionario al que se

instruye un procedimiento disciplinario no puede obtener la excedencia voluntaria por interés particular en tanto no se dilucida la existencia de responsabilidad y se decide, en caso afirmativo, la sanción. Tanto el procedimiento disciplinario como la eventual determinación de la sanción no se verán afectados, siquiera indirectamente, por la situación de excedencia.

Igual requisito obstativo para la concesión de la excedencia voluntaria supone que se le haya impuesto al funcionario una sanción disciplinaria y ésta no se haya cumplido. De esta manera, mientras no se extinga la responsabilidad disciplinaria con el cumplimiento de la sanción, no se podrá disfrutar del derecho a la excedencia voluntaria. En este supuesto, no es que aquella responsabilidad se esté analizando en el seno de un procedimiento disciplinario, sino que, declarada tal responsabilidad e impuesta la sanción, siendo eficaz ésta, el otorgamiento de la excedencia es imposible en tanto dicha sanción no sea efectiva, cumplida o ejecutada. Podría aventurarse que la razón de ser de esta previsión es, una vez más, evitar que el funcionario eluda su responsabilidad disciplinaria, ahora no para que ésta se declare, sino para que se cumpla tras ser declarada. En realidad, los tipos sancionadores disciplinarios se caracterizan porque su cumplimiento no depende de la voluntad del funcionario, sino de su ejecución por la Administración. Por lo que el precepto parece hacer más bien referencia a la dimensión temporal de algunas sanciones (en particular la suspensión o, según los perfiles con que se le dota en la Ley andaluza, el traslado forzoso), pues normalmente las sanciones disciplinarias son actos de efecto instantáneo (v.gr. apercibimiento, el contenido que se dé al demérito, etc.). En el caso de las sanciones con efectos de duración determinada –insistimos, normalmente la suspensión–, mientras no se haya cumplido su duración, el funcionario no podría obtener la excedencia voluntaria.

Independientemente de que –como hemos señalado– el Legislador es libre de configurar una situación administrativa para amparar la decisión del funcionario de eximirse de sus deberes –en particular, el de prestar su servicio activo–, estableciendo los requisitos sustantivos –por ejemplo, necesidades del servicio– y formales –así, períodos mínimos de servicios efectivos previos–, en el caso de la exigencia del cumplimiento efectivo de una sanción disciplinaria el problema que cabría apreciar es la doble consecuencia perjudicial que de dicha sanción se deriva: por un lado, su contenido típico represivo –por ejemplo, privación del puesto y traslado forzoso a otro; privación de derechos de carrera; privación de retribuciones y de otros derechos administrativos en la suspensión–; y, por otro, privación del derecho a obtener la excedencia voluntaria por interés particular. Es decir, la responsabilidad disciplinaria conllevaría un doble efecto: la sanción y la imposibilidad de disfrutar de la excedencia voluntaria. Lo que podría suponer una doble sanción por los mismos hechos generadores de aquella responsabilidad disciplinaria, resultado prohibido por el principio *non bis in idem*.

En realidad, la imposibilidad de obtener la excedencia voluntaria solicitada no constituiría tanto una medida de carácter sancionadora como una consecuencia jurídica inherente a la sanción impuesta. Esto es particularmente claro en el caso del tipo sancionador «suspensión», donde el funcionario se vería privado de sus derechos funcionariales, incluido el de ejercer su derecho a obtener una excedencia. Tratándose, en cambio, de la sanción «traslado forzoso», la lógica subyacente a la misma y el necesario juicio de proporcionalidad en su imposición que vinculan su idoneidad no ya a los hechos infractores en sí, sino a las consecuencias que han producido y a los bienes jurídicos que protegen –por ejemplo, buen funcionamiento del servicio por problemas entre empleados–, hacen más complejo considerar que el cumplimiento efectivo del traslado es incompatible con la concesión de una excedencia voluntaria.

Hay que tener en cuenta, además, que idéntico requisito –no encontrarse pendiente de cumplimiento de una sanción disciplinaria– se exige para obtener otras dos situaciones administrativas autonómicas: la excedencia voluntaria con reserva de puesto y la excedencia voluntaria incentivada.

4. Excedencias sociales protectoras

Las que podemos denominar «excedencias sociales protectoras» por el carácter de los bienes jurídicos que protegen –excedencias voluntarias por agrupación familiar, por cuidado de familiares, por violencia de género y por violencia terrorista– reciben en la Ley 5/2023 de Función Pública de Andalucía una regulación que se funda en la concepción de la normativa básica como mínimo mejorable sobre el que reforzar los derechos que tales excedencias reconocen. No es ya que el Legislador autonómico haga uso de las opciones que explícita y puntualmente hace el Estatuto Básico –por ejemplo, reserva de puesto en excedencia para cuidado de familiares–, sino que introduce singularidades en el régimen jurídico de estas situaciones administrativas que supone concebir la regulación básica de estas excedencias no como un régimen uniforme, sino –según se ha dicho– como un mínimo mejorable, ya sea ampliando las circunstancias que constituyen su presupuesto –por ejemplo, incluyendo a la «pareja de hecho» en el concepto de «familiares»–, ya sea extendiendo los derechos que se reconocen a los funcionarios en tales situaciones –por ejemplo, derechos retributivos en las excedencias por razón de violencia de género o terrorista–.

La posibilidad de que el Legislador de desarrollo del Estatuto Básico lleve a cabo una regulación más favorable de estas excedencias ya había sido admitida por el Tribunal Constitucional, siempre que los derechos sobre los que incidiera el Legis-

lador autonómico no fueran competencia del Estado (como los relativos al régimen de Seguridad Social)[8].

En el caso de la **excedencia voluntaria por agrupación familiar** (150 LFPA), la Ley andaluza establece un mínimo de tiempo en el que se debe permanecer —un año— y amplía el supuesto que la da lugar a la pareja de hecho del funcionario que la solicita, precisando que se entenderá equiparada la pareja estable al matrimonio, y la persona conviviente al cónyuge, de acuerdo con lo establecido en la legislación andaluza sobre parejas de hecho. En cuanto a los derechos, reconoce a los funcionarios en esta situación el poder participar en los cursos de formación convocados por la Administración, sin que ello suponga derecho a indemnización por su asistencia o participación.

Por su parte, el régimen de la **excedencia voluntaria por cuidado de familiares** (151 LFPA) presenta singularidades ya en el supuesto de hecho, puesto que, por un lado, se extiende el concepto básico de «familiar a cargo», incluyendo igualmente tanto al cónyuge o pareja de hecho –equiparándose, según hemos visto, la pareja estable al matrimonio y la persona conviviente al cónyuge– como a cualquier persona que legalmente se encuentre bajo su guarda y custodia y, por otro, se considera que el no desempeño de actividad retribuida comprende, asimismo, su interrupción por el desarrollo de una enfermedad muy grave. En lo que respecta al contenido innovador de derechos reconocidos en esta situación, en primer lugar, se permite el uso fraccionado del período de excedencia. También permite, en segundo lugar, a los funcionarios en esta situación participar en los procesos de provisión de puestos de trabajo, promoción interna y en los cursos de formación que convoque la Administración.

En tercer lugar, la regulación de la *reserva del puesto de trabajo* distingue si el funcionario ocupaba el puesto con carácter definitivo o provisional: en el primer

[8] Así, siendo la Seguridad Social competencia exclusiva del Estado, las Comunidades Autónomas no pueden ampliar los titulares de derechos sobre aquella: «De acuerdo con lo afirmado no podemos sino concluir que el inciso "derechos en el Régimen de Seguridad Social que les sea aplicable" del art. 130.4 de la norma impugnada en relación con el inciso "cónyuge o pareja de hecho legalmente constituida" del art. 130.1 b) vulnera las competencias del Estado ex art. 149.1.17 CE. La Comunidad Autónoma, en desarrollo de las bases estatales en materia de función pública, goza de habilitación suficiente para incluir en el ámbito de la situación administrativa de excedencia para el cuidado de familiares al cónyuge y a la pareja de hecho legalmente constituida, pero dicha competencia no alcanza a extender los efectos de dicha situación de excedencia, en lo que al cónyuge y a la pareja de hecho legalmente constituida se refiere, a los derechos en el régimen de Seguridad Social que corresponda, pues dicha posibilidad se sitúa extramuros del ámbito competencial en materia de función pública e implica una vulneración de las competencias del Estado ex art. 149. 1. 17 CE, en la medida en que dicha regulación le corresponde establecerla al Estado con carácter exclusivo, habida cuenta de que interfiere en el régimen económico unitario de la Seguridad Social y genera una obligación económica que debe soportar el Estado» (STC 39/2014, de 11 de marzo).

caso, la reserva lo es durante todo el tiempo que el funcionario se encuentre en esta situación –recordemos que su duración máxima es de tres años–, mientras que en el segundo caso –ocupación provisional– la reserva se mantendrá mientras el puesto no se cubra por los procedimientos de provisión previstos en la propia Ley de Función Pública de Andalucía.

Se trata de una regulación que, en una primera lectura, parecería suscitar ciertos problemas con la que establece el Estatuto Básico. Recordemos que este prescribe que el puesto de trabajo desempeñado «se reservará, al menos, durante dos años», transcurridos los cuales lo será a un puesto en la misma localidad y de igual retribución (89.4 TREBEP). No distingue, pues, si el puesto es desempeñado con carácter definitivo o provisional. Ni siquiera si se trata de un funcionario de carrera o de un funcionario interino. No obstante, la regulación de Ley de Función Pública de Andalucía se fundamenta en la ponderación de los derechos e intereses legítimos de los funcionarios, de las necesidades de gestión y de las características propias de los sistemas de provisión. Aunque literalmente la regulación andaluza es diferente a la regulación básica, en realidad no hace sino decantarse coherentemente por los efectos propios de las formas de provisión definitivas y temporales, reforzando los derechos de los que obtuvieron el puesto con carácter definitivo y extrayendo las consecuencias inevitables de las modalidades provisionales de provisión. Éstas no pueden neutralizar las potestades de gestión –fundamentalmente, los procedimientos de provisión definitiva– por el mero hecho de que el ocupante provisional del puesto –piénsese, por ejemplo, en un funcionario en comisión de servicios– se encuentre en excedencia para el cuidado de familiares, pues tal situación en modo alguno afecta o disminuye sus derechos, intereses o expectativas respecto a la reglamentaria ocupación definitiva.

Mutatis mutandis en lo que respecta al caso de que quien se encuentre en esta excedencia sea un funcionario interino, que no puede pretender por ello se le reserve el puesto –del que depende, en última instancia, la subsistencia de la relación funcionarial interina–, pues la posibilidad de cobertura reglamentaria no puede depender de la situación administrativa de aquel.

Finalmente, la **excedencia voluntaria por violencia de género** (152 LFPA) y la **excedencia voluntaria por violencia terrorista** (153 LFPA) difieren, obviamente, en sus presupuestos de hecho –que la normativa autonómica no altera–, pero reciben idéntico tratamiento de derechos, que sí se ven afectados. Así, los funcionarios o funcionarias –por ser éstas las únicas titulares del derecho a la primera de las excedencias citadas– en estas situaciones podrán participar en los cursos de formación convocados por la Administración, sin que ello suponga derecho a indemnización por su asistencia o participación. Se amplía de seis –regulación bá-

sica– a doce meses el derecho a la reserva del puesto de trabajo, con la consecuencia –también prevista en el Estatuto Básico– que dicho período será computable a efectos de antigüedad, carrera profesional y derechos del régimen de Seguridad Social que sea de aplicación, previsión esta última que –según se advirtió– constituiría un exceso por ser competencia exclusiva del Estado. Finalmente, se aumentan de dos a cuatro los meses en los que los funcionarios o funcionarias tendrán derecho a percibir las retribuciones íntegras y, en su caso, las prestaciones familiares por hijo a cargo.

III. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS PROPIAS DE LA LEY DE FUNCIÓN PÚBLICA DE ANDALUCÍA

Junto al desarrollo y complemento de las situaciones administrativas básicas, la Ley de Función Pública de Andalucía crea una serie de situaciones propias, ya por actuación del funcionario, ya por sujeción a la potestad de autoorganización. Causadas por la voluntad del funcionario serían la excedencia voluntaria por prestación de servicios en el sector público andaluz, la excedencia por incompatibilidad, la excedencia con reserva de puesto y la excedencia voluntaria incentivada. De las producidas por la Administración, por su parte, serían la excedencia forzosa y la expectativa de destino.

Con estas situaciones, el Legislador andaluz ampara las consecuencias derivadas de la voluntad del funcionario o de la Administración sobre los derechos y deberes de los funcionarios, preservando la subsistencia de la relación funcionarial y configurando singulares situaciones jurídicas de aquellos.

1. Situaciones causadas por voluntad del funcionario

A. Excedencia voluntaria por prestación de servicios en el sector público andaluz (154 LFPA).

El supuesto de hecho de esta situación lo constituye el caso del personal funcionario de carrera que pase a prestar servicios como personal contratado de una agencia de régimen especial o de una agencia pública empresarial de la Junta de Andalucía. Por tanto, específicamente devenir personal contratado en esos tipos de agencias de la Junta.

La permanencia en el sector público andaluz explica el régimen favorable que se da a los servicios de los funcionarios. Por un lado, el trabajo desarrollado en esta situación se valorará en las convocatorias de concursos de méritos para la provisión de puestos de trabajo en la Administración General de la Junta de Andalucía, en los términos que se establezcan reglamentariamente, previa negociación colectiva. Y, por otro, al personal funcionario de carrera en esta situación se le reconocerá por la

agencia de destino el tiempo de servicios prestados en la Administración a efectos de la retribución que le corresponda por antigüedad y, asimismo, cuando reingrese al servicio activo, el tiempo de permanencia en la agencia se le computará a efectos de reconocimiento de trienios y, en su caso, se le considerará en su carrera profesional.

Por último, en lo que respecta al reingreso al servicio activo, sólo se reconoce el derecho a hacerlo en un puesto de trabajo en la misma localidad y de iguales retribuciones complementarias que las del último puesto obtenido con carácter definitivo.

B. Excedencia por incompatibilidad (155 LFPA).

Los supuestos que dan lugar a esta excedencia son, bien porque el funcionario se encuentre en situación de servicio activo en otro cuerpo, especialidad u opción, bien porque pase a prestar servicios como personal laboral fijo o como personal directivo con contrato laboral de alta dirección en cualquier Administración pública, organismo o entidad del sector público y no le corresponda quedar en otra situación. Se excluye, expresamente, el desempeño de puestos mediante nombramiento como funcionario interino o como personal laboral temporal.

En esta situación, sólo se reconocen derechos a los funcionarios que presten servicios como personal laboral fijo o como personal directivo con contrato laboral de alta dirección: el tiempo de permanencia en esta situación computará para el perfeccionamiento de trienios, cuando se reingrese al servicio activo y siempre que los servicios se presten en entidades del sector público con personalidad jurídica privada.

C. Excedencia con reserva de puesto (156 LFPA).

La Ley de Función Pública Andaluza establece una excedencia con reserva de puesto de trabajo, que constituye una variante de la excedencia voluntaria por interés particular, tal y como demuestra el hecho de que condicione su otorgamiento a que no se le esté instruyendo expediente disciplinario al funcionario o que éste no se encuentre pendiente de cumplimiento de una sanción.

El mero interés particular que caracteriza –aquí también– esta excedencia se recoge en el supuesto de hecho normativo sin la necesidad de venir cualificado por objeto o finalidad determinados, siendo amparado por la Ley para que el funcionario pueda dejar de prestar sus servicios durante un período que puede abarcar entre seis meses y un año, con la singularidad de que se le reserva el puesto de trabajo.

La Ley rodea de límites su otorgamiento –en particular, las necesidades del servicio debidamente motivadas, un período mínimo de diez años de servicios efectivos previos en cualquier Administración para su primera concesión y de cinco desde la anterior– y condiciona su efectivo disfrute a que el funcionario no utilice esta situación para prestar servicios en ninguna Administración. Igualmente, excluye de

efectos jurídicos a los meses en que el funcionario se encuentre en esta situación: ni devenga retribuciones ni se computan a efectos de ascensos, trienios y derechos en el régimen de Seguridad Social.

D. Excedencia voluntaria incentivada (157 LFPA).

La excedencia voluntaria incentivada se caracteriza por su voluntariedad, pero a partir de presupuestos fácticos creados por la Administración en el ejercicio de sus facultades de gestión. Concretamente, tres supuestos:

a) Cuando se encuentre afectado por un proceso de reasignación de efectivos como consecuencia de un plan de ordenación de recursos humanos, a partir de la publicación del citado plan.

b) Cuando se encuentre en la situación de expectativa de destino.

c) Cuando se encuentre en la situación de excedencia forzosa como consecuencia de un plan de ordenación de recursos humanos.

La norma fija un período taxativo de cinco años de duración para esta excedencia, cuyo principal efecto jurídico es la atribución del derecho a percibir una indemnización o incentivo –de ahí su calificación como «incentivada»–, por una sola vez, consistente en una mensualidad de las retribuciones de carácter periódico, devengadas en el último puesto desempeñado, excluidas las pagas extraordinarias, por cada año completo de servicios y con un máximo de doce meses.

Acorde con su carácter de excedencia voluntaria, por un lado, el tiempo de permanencia en ella no computa a efecto alguno –carrera, trienios, Seguridad Social– y, por otro, no puede concederse –según la ya explicada concepción de la Ley andaluza– cuando el funcionario esté sometido a un procedimiento disciplinario o pendiente del cumplimiento de una sanción.

La expiración del plazo de duración de la excedencia aboca al funcionario a solicitar el reingreso al servicio activo, a falta de lo cual será declarado de oficio en excedencia voluntaria por interés particular.

2. Situaciones causadas por la potestad autoorganizatoria de la Administración

El ejercicio por la Administración de sus facultades de gestión puede afectar a la situación jurídica de los funcionarios, privándoles de los puestos de trabajo que desempeñan. Ya no se trata, pues, de que el funcionario solicite verse eximido de su desempeño por diferentes circunstancias –incluido su simple interés particular–, sino de que la Administración adopta decisiones de organización y de gestión –principal-

mente procesos de reasignación de efectivos– que tienen como consecuencia privarle del puesto que ocupa, creando unilateralmente una situación jurídica singular y especial para el funcionario, que secuencialmente se concreta en la expectativa de destino y, a continuación, en la excedencia forzosa. No obstante, el funcionario puede evitar ambas situaciones, optando por la posibilidad que la Ley andaluza le ofrece con la excedencia voluntaria incentivada.

A. Excedencia forzosa (158 LFPA).

Pese a no venir recogida en la legislación básica, la inclusión de la excedencia forzosa en la Ley de Función Pública de Andalucía es, más que un acierto, una necesidad, por la funcionalidad de esta situación en el sistema de Función Pública, que no es otra que preservar la relación funcionarial frente al ejercicio de potestades de organización y de gestión propias de la Administración empleadora –como reestructuraciones de plantilla o supresiones de puestos o de unidades administrativas– que privan de puesto de trabajo, temporal o indefinidamente, al funcionario[9].

En la Ley 5/2023, la excedencia forzosa se produce por dos causas generadas por la propia Administración:

a) En primer lugar, por la dinámica interna de la situación de expectativa de destino, ya sea por cumplimiento de su plazo de duración, ya por incumplimiento de las obligaciones que aquella impone al funcionario.

b) En segundo lugar, a la excedencia forzosa se arriba proviniendo de la situación de suspensión cuando, solicitado el reingreso, éste no puede hacerse efectivo en el plazo de seis meses desde la extinción de la responsabilidad disciplinaria, por falta de puesto vacante con dotación presupuestaria.

La excedencia forzosa derivada de la expectativa de destino presenta algunas peculiaridades propias. Recordemos que aquella se produce, bien como consecuencia de la expiración del plazo máximo de duración de la situación de expectativa –un año–, bien como sanción –no en sentido disciplinario, evidentemente– al incumplimiento de las obligaciones que el régimen de la expectativa de destino impone a los funcionarios que se encuentren en ella –aceptación de destinos con ciertas características o participación en concursos de provisión de los mismos, realización de cursos de capacitación a los que sea convocado–. El funcionario en excedencia forzosa por este supuesto tiene la obligación de reingresar en el puesto al que se le destine cuando

[9] Al decir de MARTÍNEZ DE PISÓN, "la situación de excedencia forzosa se alza como garantía específica de la inamovilidad relacional, sin que concurran en ella otra suerte de intereses distintos. Todas las restantes situaciones se montan sobre la base de esa inamovilidad, pero su fin es distinto. La excedencia forzosa es una garantía de lo que, en otros casos, es un presupuesto, y su fin es, propiamente, el actuar como tal garantía": MARTÍNEZ DE PISÓN, I., *Régimen jurídico de la Función Pública y derecho al cargo*, Civitas 1995, p. 334.

éste tenga características similares al que ejercía antes de verse afectado por el proceso de reasignación de efectivos, además de participar en los cursos de capacitación que se le ofrezcan y en los concursos de méritos para puestos adecuados de su cuerpo, especialidad u opción.

Para la excedencia forzosa derivada de la situación de suspensión, su régimen jurídico se concreta en la obligación de participar en la primera convocatoria de provisión ordinaria que se convoque cuyos requisitos de cumplimiento reúna el funcionario, y de aceptar los destinos que se les señalen en puestos de similares características.

Al constituir una situación jurídica impuesta por la Administración, la Ley establece que los funcionaros en situación de excedencia forzosa tienen derecho a percibir las retribuciones básicas –y, si corresponde, las prestaciones familiares por hijos o hijas a su cargo–, así como al cómputo del tiempo que permanezca en esta situación a efectos de carrera profesional, trienios y derechos en el régimen de Seguridad Social que le sea de aplicación.

Esta situación no sólo atribuye derechos a los funcionarios, sino que también les impone –como hemos visto– una serie de obligaciones según su origen, a las que suma la de no ocupar puestos de trabajo en el sector público, bajo ningún tipo de relación funcionarial o contractual, sea esta de naturaleza laboral o administrativa, salvo en los supuestos contemplados por la normativa sobre incompatibilidades y previa autorización. La obtención de un puesto de trabajo en dicho sector conducirá, en su caso, al pase a la situación administrativa que corresponda. Y el incumplimiento de las obligaciones establecidas en esta situación determinará, a su vez, el pase a la situación de excedencia voluntaria por interés particular.

Obsérvese, finalmente, que la Ley no establece límite temporal alguno a la duración de esta situación, aunque no deje por ello de resultar excepcional. De ahí, como dijimos, que esta situación es la última garantía para la preservación de la relación funcionarial frente a decisiones organizativas de la Administración en las que el funcionario es privado indefinidamente de puesto, aunque no por ello ésta no deba realizar una gestión de esta situación que impida una prolongación desmesurada de la misma.

B. Expectativa de destino (159 LFPA).

La expectativa de destino es la situación jurídica resultante del ejercicio por la Administración de su potestad de autoorganización a través del proceso de reasignación de efectivos regulado en la Ley de Función Pública de Andalucía (concretamente, en su artículo 133), salvo que hubiera obtenido destino en el mismo. Es una

situación temporal, pues en ella no se puede permanecer más de un año, pasado el cual –como hemos visto– se desemboca en la situación de excedencia forzosa.

La unilateralidad e imperatividad de la reasignación explican que se configure un régimen jurídico lo más protector posible, partiendo inexorablemente de la falta de prestación de servicios del funcionario por haber sido desvinculado de su puesto. De hecho, la Ley señala, con carácter genérico, la equiparación de esta situación de expectativa de destino con el servicio activo, eso sí, después de haber especificado el régimen de derechos y obligaciones del funcionario en esta situación.

De los primeros, se reconoce a los funcionarios en expectativa de destino la percepción de las retribuciones básicas, el tramo de carrera consolidado y, pese a no ocupar puesto alguno, el cincuenta por ciento del complemento del puesto que correspondía al puesto de trabajo que ejercía cuando pasó a la situación de expectativa.

La situación de expectativa, por otra parte, impone al funcionario una serie de obligaciones encaminadas, bien directamente a poner fin a la situación por obtención de destino, bien a mejorar su formación y capacitación. En el primer caso, el funcionario en expectativa de destino debe no solo aceptar destino en puestos de características similares al que ocupaba dentro del tramo de carrera profesional consolidado y que se le ofrezcan en la misma localidad donde estaba destinado, sino también participar en los concursos para puestos adecuados a su cuerpo, especialidad u opción que estén situados en la misma localidad donde estaba destinado. En lo que respecta a la mejora de su formación, el funcionario está obligado a participar en los cursos de capacitación a los que se le convoque. Recordemos, en todo caso, que el incumplimiento de estas obligaciones tiene como consecuencia el pase a la situación de excedencia forzosa

IV. LAS SITUACIONES DE SUSPENSIÓN

La regulación de la suspensión de funciones en la Ley 5/2023, de Función Pública de Andalucía, presenta unas singularidades que justifican un tratamiento específico, puesto que, aunque proceda, por un lado, al desarrollo de las situaciones básicas de suspensión provisional y de suspensión firme, la Ley andaluza introduce, por otro lado, una modalidad propia, que es la suspensión de funciones por razón de procedimiento o condena penal.

Respecto a las modalidades básicas de suspensión, la Ley 5/2023 no introduce ninguna novedad de contenido, a excepción de una equívoca precisión relativa al mantenimiento del puesto de trabajo durante la **suspensión provisional**. Dicha precisión consiste en que ese mantenimiento del puesto de trabajo lo será cuando el

funcionario lo ocupare «con carácter definitivo» (artículos 160.3, párrafo segundo, y 161.1 LFPA).

Decimos que es equívoca porque la regulación que el Estatuto Básico hace de la suspensión provisional no sólo no hace esa distinción –ocupación definitiva–, sino también porque la regulación que hace de los supuestos de suspensión provisional –medida cautelar del procedimiento disciplinario y consecuencia administrativa de las medidas judiciales del proceso penal– no pueden abocar nunca a la pérdida del puesto, pues el Estatuto Básico establece, con carácter general, que dicha pérdida sólo se produce cuando la suspensión excede de seis meses, siendo así que, por regulación legal, la suspensión provisional, en cuanto que medida cautelar del procedimiento disciplinario, no puede ser superior a seis meses y, en cuanto que consecuencia administrativa de las medidas judiciales, no supone la pérdida del puesto de trabajo si supera dicho tiempo (98.3 TREBEP). Esos seis meses sólo se admite que sean superados cuando el procedimiento disciplinario se vea paralizado por causa imputable a la persona interesada y cuando las actuaciones judiciales lo requieran.

Como decimos, la legislación básica no distingue entre ocupación definitiva y ocupación provisional del puesto –por ejemplo, comisión de servicios, adscripción provisional– a efectos de mantenimiento del mismo, en caso de ser declarado el funcionario en situación de suspensión. La Ley de Función Pública andaluza sería mucho más restrictiva de los derechos de los funcionarios que ocupan puestos con carácter provisional, puesto que de su articulado se derivaría que la mera declaración en suspensión provisional produciría la pérdida del puesto, independientemente de la duración de aquella. Quizás pretenda con ello encontrar un equilibrio entre los derechos de los funcionarios y las necesidades de desempeño de los puestos, garantizando aquellos cuando el puesto se ocupare con carácter definitivo, pero primando las necesidades del servicio sobre los derechos de los funcionarios que ocupan puestos provisionalmente –que no deja de ser un título precario de provisión–, en particular cuando la suspensión se puede dilatar en el tiempo por procesos penales.

No deja de ser una interpretación discutible, máxime si tenemos en cuenta que la Ley calla respecto a la situación de los funcionarios interinos suspensos provisionalmente, pues sólo recoge expresamente el supuesto del funcionario interino suspenso de manera firme por más de seis meses, que causa su cese. Téngase en cuenta que la pérdida del puesto de trabajo no es un efecto coherente con el carácter provisional de esta suspensión, por mucho que también sea provisional la ocupación del puesto. De ahí que la regulación básica de la suspensión provisional limite sus efectos sobre el puesto a la privación del ejercicio de las funciones de éste, evitando, como hemos visto, que implique la pérdida del propio puesto. La opción de la Ley andaluza de diferenciar, en la suspensión provisional, entre ocupaciones definitivas y ocupaciones

temporales, si no es contraria a la garantía implícita en la regulación de esta situación en el Estatuto Básico, podría juzgarse desproporcionada por las consecuencias que supone de pérdida de destino, por muy provisional que sea éste, aunque esta conclusión podría relativizarse cuando las suspensiones provisionales se prolongan en el tiempo por actuaciones judiciales.

La **suspensión de funciones por razón de procedimiento o condena penal** (161 LFPA) constituye, en cambio, una modalidad de suspensión provisional propia de la Función Pública de Andalucía. Por tanto, en modo alguno procede al desarrollo o adaptación de la normativa básica, pues ésta no contempla los supuestos de hecho que dan lugar a la misma. Estos supuestos son:

- Funcionario encausado en un procedimiento penal en el que no se acuerde la prisión provisional u otras medidas que determinen la imposibilidad de desempeñar el puesto de trabajo –que darían lugar, en cambio, a la modalidad de suspensión provisional derivada de actuaciones judiciales–. En estos casos, el funcionario encausado podrá ser, previa audiencia, declarado motivadamente en la situación de suspensión provisional de funciones por el tiempo durante el cual mantenga dicha condición, si así lo justificara la naturaleza de los hechos imputados.

- Funcionario investigado en un procedimiento penal, siempre y cuando, en atención a la relación entre los hechos imputados y las funciones que se viniesen desempeñando, se determine la inconveniencia de la continuidad en las mismas, debiendo asimismo motivarse la imposibilidad o inadecuación de su desempeño en puestos de distinta adscripción orgánica y/o funcional.

En todo caso, las condiciones de encausado o de investigado en un procedimiento penal son situaciones procesales creadas por decisiones judiciales, no por apreciaciones de la Administración.

Como hemos advertido, esta modalidad de suspensión provisional no es consecuencia jurídico-administrativa de las decisiones judiciales de instrucción del proceso penal que determinen la imposibilidad de desempeñar el puesto de trabajo –típicamente, la prisión provisional–, sino precisamente de la ausencia de tales medidas judiciales y de la discrecionalidad de la Administración de privar temporalmente al funcionario del ejercicio de sus funciones, debido a la gravedad y naturaleza de los hechos por los que es encausado o a la inconveniencia de la continuidad en sus funciones por la relación de los hechos imputados con tales funciones (funcionario en condición de investigado).

Presuponiendo siempre que las medidas provisionales judiciales no le impedirían continuar ejerciendo sus funciones, obsérvese el amplio margen de apreciación que se otorga a la Administración para suspender a los funcionarios, ya sea en atención a la gravedad de los hechos (v.gr. funcionario encausado por un delito de homicidio o de asesinato,), ya por la relación de los hechos con las funciones que desempeña y por la imposibilidad o inadecuación de su desempeño en puestos de distinta adscripción orgánica y/o funcional (v.gr. profesor investigado por abuso de menores en el centro en el que imparte docencia).

Insistimos en que el presupuesto es la ausencia de medidas cautelares judiciales que impidan el ejercicio de sus funciones al funcionario encausado o investigado, que serían eventualmente adoptadas por el Juez o Tribunal conforme a los criterios propios de la Legislación procesal. Mientras que, en el caso de esta suspensión provisional, la Administración debe ponderar el perjuicio que al interés público causa –imagen de la Administración, desconfianza de los ciudadanos hacia el servicio público, enrarecimiento del entorno de trabajo, etc.– que un funcionario encausado o investigado continúe ejerciendo sus funciones en atención, respectivamente, a la gravedad y naturaleza de los hechos que se le imputan o a la conveniencia de que lo siga haciendo.

Tal es la finalidad de esta modalidad de suspensión, diferente a la suspensión que se decide por la Administración, con carácter discrecional, en el seno de un procedimiento disciplinario –asegurar la eficacia de la resolución definitiva (98.3 TREBEP)– o, con carácter reglado, como consecuencia de actuaciones judiciales que imposibilitan el ejercicio de las funciones

Esta suspensión provisional del funcionario encausado o investigado produce, exclusivamente, la privación del ejercicio de sus funciones, pues todos los demás derechos (retributivos, de carrera, Seguridad Social) se preservan plenamente, si bien vuelve a incluir la perturbadora especificación de que el puesto de trabajo se mantiene sólo si el funcionario lo ocupa con carácter definitivo, por lo que, sensu contrario, la declaración de esta modalidad de suspensión implicaría el cese del que lo ocupare con carácter temporal. Nos remitimos a lo argumentado más arriba.

En lo que respecta a su duración, la Ley de Función Pública de Andalucía, respecto al funcionario encausado, especifica que la suspensión se mantendrá «mientras tenga esa condición», pero en el caso de los funcionarios con la condición de investigados no hace esa precisión, aunque parece referirse implícitamente a la regla anterior. Más aún cuando, posteriormente, la Ley establece que, «[s]i se levantará la imputación a la persona afectada, deberá acordarse la reincorporación inmediata a su puesto de trabajo» (161.4 LFPA).

No obstante, tratándose de una decisión discrecional, la Administración podría revocar su decisión si cambiara su apreciación de la gravedad de los hechos –funcionario encausado– o de la inconveniencia de impedir el ejercicio de las funciones por la relación de éstas con aquellos –funcionario investigado–. En este último supuesto, incluso la Administración podría revocar su decisión si, con posterioridad, estimara adecuado o fuera posible destinar al funcionario a otro puesto de diferente unidad orgánica o funcional, con lo que se evitaría la vinculación entre hechos imputados y funciones.

V. LAS SITUACIONES ADMINISTRATIVAS DE LOS FUNCIONARIOS INTERINOS

La Ley 5/2023, de Función Pública de Andalucía, dedica el Capítulo II del Título XI al *«Personal funcionario interino»*, el cual está integrado por un único artículo 163 sobre las «*Situaciones administrativas del personal funcionario interino*». Con este precepto, la Ley andaluza interpreta –respecto a las situaciones administrativas– la remisión genérica que el Estatuto Básico hace al régimen jurídico de los funcionarios de carrera para dotar de contenido al régimen jurídico de los funcionarios interinos, conforme a la críptica fórmula "*en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición temporal y al carácter extraordinario y urgente de su nombramiento, salvo aquellos derechos inherentes a la condición de funcionario de carrera"* (10.4 TREBEP).

Se trata de un artículo sumamente original, no sólo por la positivización de las situaciones administrativas que se reconocen a los funcionarios interinos, sino también por el contenido que recoge.

En primer lugar, el precepto establece el elenco de situaciones administrativas que se reconocen a los funcionarios interinos (163.1 LFPA): a) servicio activo; b) excedencia por cuidado de familiares; c) excedencia por violencia de género; d) excedencia por violencia terrorista; e) suspensión de funciones. Esta aproximación positiva hay que completarla con los artículos reguladores de otras situaciones de las que explícitamente se excluye a los funcionarios interinos, como es el caso de la excedencia por incompatibilidad (155.2 LFPA).

En segundo lugar, la Ley extrae algunas consecuencias de la naturaleza interina de la relación funcionarial. Así, la situación jurídica del funcionario interino declarado en alguna de las anteriores situaciones administrativas no impide que su relación funcionarial se extinga por alguna de las causas normativamente previstas –en particular, la cobertura del puesto–. También será cesado el funcionario interino cuando la suspensión firme en la que eventualmente se le declare tenga una duración

superior a los seis meses, umbral temporal que determina la pérdida del puesto de trabajo, presupuesto de su relación interina.

Por último, habrá podido observarse que la Ley de Función Pública de Andalucía no contempla la situación de servicios especiales para los funcionarios interinos. En su lugar, arbitra una solución diferente para el caso de que aquellos desempeñen determinados puestos o cargos. La solución es la suspensión del nombramiento como funcionario interino y los puestos o cargos son: designación mediante decreto del Consejo de Gobierno para el desempeño de un alto cargo en la Administración de la Junta de Andalucía o en entidades del sector público andaluz sujeto al régimen de incompatibilidades del personal alto cargo; nombramiento como personal eventual en la Administración de la Junta de Andalucía; acceso a la condición de miembro del Parlamento de Andalucía, de las Cortes Generales; y desempeño de cargos electivos en las Corporaciones Locales de Andalucía. La suspensión del nombramiento se mantendrá mientras no concurra ninguna de las causas de cese previstas para los funcionarios interinos en la Ley de Función Pública de Andalucía.

No hay duda de que esta regulación de la Ley andaluza refleja una profunda reflexión sobre la figura del funcionario interino, asimilando la evolución legislativa, jurisprudencial y doctrinal[10] que sobre ella se ha producido en los últimos años. Precisamente fue el reconocimiento, por la jurisprudencia constitucional, de algunas situaciones administrativas el detonante interno del cuestionamiento del uso y abuso que se estaba haciendo de esta clase de empleado público[11], creando un sustrato sobre el que –desde principios y objetivos diferentes– impactó el Derecho de la Unión Europea[12]. Este Derecho, al prohibir las discriminaciones injustificadas entre trabajadores fijos y temporales, propició que los Tribunales españoles –espoleados por el propio Tribunal de Justicia de la Unión– procedieran a una reinterpretación de la negación de los derechos que se articulan a través de situaciones administrativas. De esta manera, los pronunciamientos judiciales han ido aclarando las situaciones administrativas que sí son susceptibles de disfrutar los funcionarios interinos (por ejemplo, servicios especiales[13], excedencia para cuidado de familiares[14]), identificando, en cambio, aquellas otras que son incompatibles con las características genuinas de

[10] *Vid.* SÁNCHEZ MORÓN, M., *Régimen jurídico de los funcionarios interinos*, Thomson Reuters Aranzadi 2020; CANTERO MARTÍNEZ, J.: "El funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura" en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº 12, 2017, pp. 8-29.

[11] CANTERO MARTÍNEZ, J.: «Las situaciones administrativas en el Estatuto Básico del Empleado Público: claves para armar el nuevo modelo» en Revista de administración pública, n.º 176, 2008, pp. 161-197.

[12] FUENTETAJA, J., *Función Pública y Derecho europeo*, Thomson Reuters Civitas 2018.

[13] STJUE *Vega González*, 20 diciembre 2017 (C-158/16); STS de 14 de octubre de 2020.

[14] SSTC 203/2000, de 24 de julio y 20/2001, de 29 de enero, que alumbraron la imprecisa categoría del «interino de larga duración».

la relación funcionarial interina (en particular, la excedencia voluntaria por interés particular[15]).

En realidad, las situaciones administrativas son, en sí mismas, contradictorias con la figura del funcionario interino, pues si éste encuentra su fundamento en la necesaria y urgente prestación de funciones, aquellas, precisamente, tienen como principal efecto la exención de dicha prestación al amparo de determinadas circunstancias que lo justifiquen. Sólo la ponderación de los bienes e intereses jurídicos subyacentes a ambas instituciones –las funciones públicas cuyo ejercicio garantiza, temporal y urgentemente, el «funcionario interino» y los diferentes intereses públicos o personales protegidos por cada «situación administrativa»– explica que, excepcionalmente, al funcionario interino se le reconozca la posibilidad de no ejercer las funciones para las que es nombrado y que justifican, en última instancia, la existencia y subsistencia de la relación.

De ahí que, coherentemente, la Ley de Función Pública de Andalucía explicite que si concurriere causa de cese, el funcionario interino podrá ver extinguida su relación a pesar de encontrarse jurídicamente en una situación administrativa que, aparentemente, tiene la finalidad de evitar dicha extinción. Pero ello solo es así respecto al supuesto de hecho de la respectiva situación, que no puede, por tanto, ser causa del cese (v.gr. cuidado de familiares, violencia de género o violencia terrorista). Las causas de cese de la relación funcionarial interina, en cambio, son ajenas, en sentido estricto, a la lógica y configuración interna de las situaciones administrativas.

Mayor complejidad presenta la ausencia en la Ley andaluza de la situación de servicios especiales y su sustitución por la técnica de la suspensión del nombramiento para determinados supuestos de hecho especificados en la propia Ley 5/2023. De entrada, sorprende la opción innovadora de la Ley de Función Pública de Andalucía, cuando tanto el Tribunal de Justicia[16] como, sobre todo, el Tribunal Supremo[17] ya habían admitido la posibilidad de que los funcionarios interinos se beneficien de esta situación administrativa.

La técnica de la suspensión del nombramiento determina que el acto administrativo en cuestión deja de producir los dos efectos jurídicos constitutivos que cabe apreciar en él: por un lado, la constitución de la relación jurídica funcionarial y, por otro, la constitución de la condición o estatus jurídico subjetivo de funcionario por el destinatario del acto. Suspendido el nombramiento, ni subsiste relación funcionarial interina ni mantiene el funcionario tal condición porque el acto constitutivo de ambas ha dejado de producir efectos.

15 SSTS de 17 de octubre de 2022 y de 19 de enero de 2023.
16 STJUE *Vega González*, 20 diciembre 2017 (C-158/16).
17 STS de 14 de octubre de 2020.

Como puede observarse, la suspensión del nombramiento es una técnica contradictoria con las situaciones administrativas, porque éstas precisamente tienen como objetivo preservar la subsistencia de la relación funcionarial a pesar de la concurrencia de determinados hechos –originados por la voluntad del propio funcionario o por el ejercicio de la potestad de gestión de la Administración– que, al ser por sí mismos incompatibles con la prestación de servicios –obtención de un puesto institucional, en otra Administración, cuidado de hijos o familiares, interés personal de dejar de trabajar, etc.–, abocarían, de otro modo, a la extinción de la relación funcionarial y a la pérdida de la condición de funcionario.

Es evidente que el régimen de la suspensión del nombramiento no tiene nada que ver con el de la situación de servicios especiales. Todos los efectos jurídicos que se le reconocen a ésta quedan descartados cuando el nombramiento es suspendido. Suspensión que, además, no evita el cese si, durante la misma, concurriera causa para éste (163.4, último párrafo, LFPA).

Los problemas que suscita esta opción por la suspensión del nombramiento, en detrimento de la situación de servicios especiales, se agudizan si tenemos en cuenta que el Estatuto Básico del Empleado Público recoge una regulación de dicha situación que en muchos de sus elementos es autosuficiente, por lo que es directamente aplicable sin necesidad de mediación de Leyes de desarrollo. De esta manera, la legislación básica estaría atribuyendo un derecho a los funcionarios –tanto de carrera como, por extensión jurisprudencial, interinos–, derecho que éstos podrían invocar ante la Administración y los Tribunales.

BIBLIOGRAFÍA:

- CANTERO MARTÍNEZ, J.: «Las situaciones administrativas en el Estatuto Básico del Empleado Público: claves para armar el nuevo modelo» en *Revista de administración pública*, n.º 176, 2008, pp. 161-197.

- CANTERO MARTÍNEZ, J.: "El funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura" en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº 12, 2017, pp. 8-29.

- CASTILLO BLANCO, F.: "Las situaciones administrativas de los empleados públicos" en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público* (Dir. M. Sánchez Morón), Lex Nova, 2007.

- FUENTETAJA, J., *Función Pública y Derecho europeo*, Thomson Reuters Civitas 2018.

- FUENTETAJA, J.: "El Estatuto Básico del Empleado Público" en *Revista de Administración Pública*, nº 174, 2007, pp. 457-499.

- MARTÍNEZ DE PISÓN, I., *Régimen jurídico de la Función Pública y derecho al cargo*, Civitas 1995.

- PARADA, R. y FUENTETAJA, J., *Derecho de la Función Pública*, 2ª ed., Civitas Thomson Reuters 2019.

- SÁNCHEZ MORÓN, M., *Régimen jurídico de los funcionarios interinos*, Thomson Reuters Aranzadi 2020.

- SANCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la Función Pública*, 16ª ed., Tecnos 2023.

Palo y Zanahoria en la Ley de Función Pública de Andalucía

Federico A. Castillo Blanco
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Granada

Sumario: I. INTRODUCCIÓN: LA CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA DE EMPLEO PÚBLICO DE ANDALUCÍA Y LA FALTA DE AMBICIÓN DE SU MARCO NORMATIVO. II. EL RÉGIMEN RETRIBUTIVO: ESPECIAL REFERENCIA A LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO. 2.1 El sistema retributivo. 2.2 El complemento por desempeño y la evaluación del desempeño. III. EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO. IV. CONCLUSIONES: DE LAS MUSAS AL TEATRO. V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Resumen: El presente estudio analiza el sistema de incentivos que se contemplan en la Ley de Función Pública de Andalucía y, en concreto, el sistema salarial y el régimen disciplinario poniendo de relieve, en comparación con otra normativa autonómica de reciente aparición, un balance de aquellos aspectos positivos y aquellos otros necesitados de reflexión y mejora.

Abstract: This study analyzes the incentive system contemplated in the Andalusian Civil Service Law and, specifically, the salary system and the disciplinary regime, highlighting, in comparison with other recently appeared regional regulations, a balance of those aspects positive and those others in need of reflection and improvement.

Palabras clave: incentivo, salario, productividad, desempeño, evaluación, infracciones, sanciones, disciplinario.

Key words: reward, salary, productivity, performance, evaluation, infractions, sanctions, disciplinary.

I. INTRODUCCIÓN: LA CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA DE EMPLEO PÚBLICO DE ANDALUCÍA Y LA FALTA DE AMBICIÓN DE SU MARCO NORMATIVO

La función pública de Andalucía constituye un importante colectivo. Sólo si atendemos al personal directamente dependiente de ésta, dejando ahora a un lado el personal al servicio de los Gobiernos locales de Andalucía (aproximadamente 113.000 personas), Universidades (unas 27.000 personas) y otras Administraciones públicas no territoriales, sabemos que el mismo constituye en torno a un 10 por ciento del número total de personas que trabajan en las Administraciones españolas y del 9'66 por ciento del número de personas ocupadas para el mismo ejercicio en el mercado laboral andaluz. Una cifra cercana a los trescientos mil empleados públicos (cuando se incluye al personal docente y sanitario) que supone aproximadamente el treinta y cinco por ciento del gasto comprometido en los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía y aproximadamente el 50 por ciento del total del empleo público en Andalucía. Un funcionamiento adecuado de ésta, por tanto y a la vista de tales cifras, no resulta una cuestión menor para nuestra Comunidad Autónoma ya que, al fin y al cabo, la efectividad del ejercicio competencial que se realice y la eficacia de los servicios prestados va a depender, en gran medida, de su adecuada estructuración, profesionalización y motivación.

Como se ha puesto de relieve en algunos informes, uno de los más recientes el realizado por CATALÁ y CORTÉS (2020), es ahora cuando el déficit de renovación de nuestras Administraciones empezará a pasar factura precisamente cuando hemos de enfrentar los retos que se han planteado desde la pandemia y la subsiguiente crisis fiscal que puede aguardarnos a la vuelta de la esquina[1].

En cualquier caso, es preciso partir de que la ventaja fundamental de nuestra burocracia pública, como puso de manifiesto SÁNCHEZ MORÓN (2012), es la profesionalización de nuestro régimen de empleo público que, a pesar de los pesares, se ha conseguido preservar en lo esencial desde hace casi un siglo. Y ello es plenamente aplicable al empleo público de Andalucía que cuenta, a pesar de todas las disfunciones que se quiera, con una burocracia profesional que cuenta con una alta preparación y competencia. No es menos cierto, sin embargo, que existe un acuerdo mayoritariamente generalizado en la doctrina, y en los gestores de recursos humanos, de las carencias que el sistema de empleo público presenta en España y

[1] Destacan dichos autores que "La reforma del empleo público es una de las reformas pendientes que tiene nuestro país. Aunque en las últimas décadas se han sucedido los cambios legales la realidad es que, en lo sustancial, el modelo ha permanecido inalterable desde su nacimiento en el siglo XIX y el posterior el Estatuto de Maura de 1918. Son diversas las razones que han impedido avances en esta dirección: los diferentes ritmos de la *policy* y las *politics*, el desgaste que supone una reforma complicada y de réditos inciertos, los intereses corporativistas o la fragmentación competencial de nuestro modelo son algunas de ellas".

que también, a fuerza de ser rigurosos, se encuentran presentes en el caso de Andalucía (SÁNCHEZ MORÓN, JIMÉNEZ ASENSIO, GORRITI, FUENTETAJA, CANTERO, CUENCA, LONGO, FÉREZ, ETC.) [2]. Por resumirlo, y a juicio de SÁNCHEZ MORÓN (2012), el empleo público sigue siendo un sistema demasiado rígido, poco eficiente o productivo y en buena medida improvisado y desequilibrado. Y sigue razonando dicho autor que "la rigidez y relativa ineficiencia vienen de lejos, ya que en la regulación del régimen del empleo público ha pesado habitualmente más la garantía de los derechos de los funcionarios y, por asimilación, de otros empleados –esto es, sus demandas corporativas o gremiales- que la preocupación por la eficacia del servicio público. El desequilibrio y la improvisación se acentuaron en las décadas de expansión y crecimiento cuando ha habido que erigir nuevas Administraciones públicas por razón de la descentralización, organizar los servicios universales del Estado del Bienestar y cuando se ha querido dar respuesta política a numerosas demandas sociales –y territoriales- no todas ellas razonables ni atendibles sin incrementos exponenciales del gasto público"[3].

[2] Puede verse, en un excelente análisis, respecto de España el trabajo de LOSADA, C., ALBAREDA, A. FÉREZ, M. y LONGO, F. (2017), *El empleo público en España: Desafíos para un Estado Democrático más eficaz"*, IEE, 2017. Asimismo, LOSADA, C., Aproximación a un diagnóstico y sugerencias de mejora del empleo público en España, *Revista Vasca de Gestión de Personas y organizaciones públicas*, nº 13, 2017, págs. 8-25 o, por último, AAVV Nuevos tiempos para la función pública. Propuestas para atraer y desarrollar el talento en la Administración General del Estado, Madrid, INAP. Inclusive, más reciente, el libro colectivo con destacados autores *Continuidad versus transformación: ¿qué función pública necesita España?* (Coord. JOSEFA CANTERO DOMÍNGUEZ), INAP, Madrid, 2021

[3] Expone SÁNCHEZ MORÓN (2012) que "Lo cierto es que, hasta hace muy poco tiempo, ya entrada la crisis económica, el número de empleados públicos no había dejado de aumentar, a la par que mejoraban continuamente sus derechos retributivos y laborales –hay quien los llama privilegios-, sin la contrapartida de una mayor productividad, inclusive medida en términos elementales de tiempo de trabajo. Estos defectos y problemas no se han afrontado nunca de manera efectiva y menos aún rigurosa, a pesar de la crítica doctrinal, de las recomendaciones de no pocos informes oficiales y de las promesas electorales de los partidos".

El último intento general de abordarlos, que se puso en marcha con la preparación del EBEP, ha sido en gran medida y a la postre un intento fallido, pues muchas de las propuestas que se formularon por la Comisión creada al efecto no llegaron al texto de la Ley o bien se recogieron en ella de manera ambigua o descafeinada, como meras posibilidades a concretar por una legislación de desarrollo que hasta ahora no había visto la luz de forma generalizada. Frente al impulso reformista prevaleció una lógica conservadora del modelo existente y los intereses propios de los partidos y de los sindicatos más representativos. Creo que esto es historia sabida, por más que inmediata, en la que no merece la pena detenerse.

Lo que sí ha sucedido es que la crisis nos reveló, a la opinión pública en general, algunos "excesos". Había servicios duplicados sin ventaja aparente para el ciudadano. Se ha puesto de relieve una excesiva politización de la Administración pública y del régimen del empleo público, que ha llevado a multiplicar servicios y unidades administrativas contra toda lógica económica y de buena administración, y que ha dado lugar a numerosas prácticas clientelares, con menoscabo de los principios constitucionales que rigen el empleo público, y ha impedido o dificultado el desarrollo de un modelo gerencial de recursos humanos en las Administraciones públicas.

Y tener en cuenta, si ponemos las *luces largas*, que es preciso hacer hincapié en los retos que las actuales circunstancias plantean. Y es que, como ha puesto de manifiesto la OCDE (*Skills for a High Performing Civil Service*, 2017), el empleo público de los países desarrollados está siendo transformado por tres factores: por los retos políticos y sociales ocasionados por la globalización, el cambio climático y las migraciones; por la revolución digital, ya presente en fenómenos como la inteligencia artificial; y, en fin, por una demografía cambiante, caracterizada por un envejecimiento progresivo y por nuevas demandas.

En cualquier caso, la respuesta a estas cuestiones hubiera debido pasar desde luego, en primer lugar y antes de habernos adentrado fervorosamente y sin suficientes criterios por el *iter* legislativo, en realizar necesariamente un análisis más exhaustivo de los problemas que aquejan a la función pública autonómica claro, pero también al empleo público en la Administración local y universitaria de las distintas Comunidades Autónomas y, en lo que nos afecta, en Andalucía. Y en qué medida, cómo y en qué aspectos la existencia de una legislación autonómica en la materia puede ayudar a resolver éstos. Desde luego, y en la actualidad, no puede argumentarse para afrontar estos retos la inexperiencia o la falta de competencia. Ambas cuestiones han quedado definitivamente superadas tras la reforma estatutaria acontecida hace ya más de diez años en Andalucía, y tras la aprobación del EBEP, y solo quedaba el reto de abordar este objetivo con serenidad, reflexión y la suficiente visión de futuro. La gran pregunta es si lo habremos conseguido. Al menos si habremos dado un paso adelante.

Creo, sinceramente, que en esta Ley se avanza en la mayoría de los aspectos que hoy se presentan como retos en el empleo público. No sin ciertas contradicciones o ciertas incongruencias técnico-jurídicas a la hora de plasmar la inclusión en el ámbito de aplicación del personal al servicio de las entidades locales de Andalucía y de las Universidades dado que, una vez que declara en su ámbito de aplicación incluido a dicho personal, con posterioridad en ocasiones parece desentenderse de esa responsabilidad y, de esta forma, la Ley se refiere en la mayoría de sus preceptos al personal al servicio de las Administración de la Junta de Andalucía cuando, al menos desde mi punto de vista, debiera haberse referido, en coherencia con su inclusión en el ámbito de aplicación de la norma de los colectivos referidos, al personal al servicio de las

Se ha evidenciado también que entre los derechos adquiridos por los empleados públicos -incluida la seguridad en el empleo y en el propio puesto de trabajo- y sus deberes y obligaciones -particularmente las relativas a jornada y tiempo de trabajo-, existe una asimetría muy alejada de los estándares del sector privado.

Asimismo, y bien que es doloroso ponerlo de manifiesto, ha quedado patente que el régimen de la negociación colectiva en el sector público, tal como ha sido entendido y practicado por los sindicatos y aceptado de hecho por los gobernantes, contribuía decisivamente a esos desequilibrios y constituía no ya un obstáculo insalvable para la contención del déficit público, sino una de las razones fundamentales por las que se ha disparado, etc".

Administraciones públicas de Andalucía. Ser la Ley de empleo público de todas las Administraciones públicas de Andalucía que completase, como así quiso el EBEP, el modelo de burocracia que los andaluces deseábamos otorgarnos. Menos mal que en las diez de últimas se introdujo una Disposición Adicional, la cuadragésima primera, que reza de la siguiente forma: con respeto a su normativa específica, las referencias de esta Ley a la Administración de la Junta de Andalucía se entenderán realizadas también a las demás Administraciones Públicas incluidas en el ámbito de aplicación de esta Ley. No se resuelve todas las dudas que se plantean, ciertamente, pero desde luego era peor la situación existente en el Proyecto de Ley.

II. EL RÉGIMEN RETRIBUTIVO: ESPECIAL REFERENCIA A LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO

Resulta algo irrenunciable disponer de un buen sistema de incentivos, y por sobre todo un sistema que funcione meridianamente bien, si queremos mejorar nuestro empleo público (LONGO, 2005)[4]. Un sistema de incentivos y recompensas, en un sistema de relaciones laborales como es el empleo público, es un conjunto de elementos de distinto significado y alcance, que conjuga elementos formales e informales y, en fin, que atiende a herramientas de distinta naturaleza normativa y no normativa, organizativas, etc. Y es que hay una importante conexión entre motivación y rendimiento en las organizaciones públicas[5], lo que aconseja que las organizaciones

[4] Indica dicho autor en ese trabajo (p. 141) que "Evaluar el rendimiento laboral es una parte irrenunciable de la gestión de las personas, que las organizaciones del sector público necesitan incorporar a sus pautas de funcionamiento. Dicho esto, hay que añadir que diseñar y aplicar buenos sistemas de ER no es una tarea fácil. Por el contrario, debe afrontar dificultades técnicas, resistencias de los implicados y obstáculos organizativos que la convierten en un empeño dificultoso. Escasean las buenas prácticas y abundan, en cambio, las experiencias insatisfactorias".

[5] La mayoría de las teorías sobre motivación tienen su base en la satisfacción de las necesidades personales. En efecto, MASLOW ("*A Theory of human motivation*", Psicological Review, Julio de 1943) distinguió tres clases de necesidades del individuo:

[1.] Necesidades psicológicas.

[2.] Necesidades sociales.

[3.] Necesidades de seguridad:

[*] Si la retribución es suficiente se satisfacen las necesidades de seguridad.

[*] El trabajo y la forma en que se realiza debe también satisfacer sus necesidades sociales y psicológicas (reconocimiento). Estos últimos aspectos no se logran exclusivamente mediante la cuantía de la retribución y han de valorarse otros aspectos cómo: pertenencia a determinados grupos, capacidad de decidir, variedad e interés de las tareas encomendadas.

Por su parte HERZBERG ("*The motivation to work*", New York, 1959), existen una serie de factores extrínsecos (salario y condiciones de trabajo principalmente) que pueden ser motivo de satisfacción. No

públicas desarrollen estrategias para fomentar la motivación de los empleados que prestan sus servicios en las mismas de forma tal que, junto al cumplimiento de los objetivos de la organización, se plasmen las aspiraciones personales de éstos[6]. Dicho ello lo cierto es que hay tres, de carácter normativo pero que exigen gran capacidad de gestión, de especial significación a estos efectos. De un lado, el sistema de carrera profesional que es objeto de otro trabajo en este número por lo que aquí no haremos un análisis de las novedades introducidas a este respecto. De otro, los instrumentos que se derivan del sistema retributivo, y más concretamente, de la evaluación del desempeño. Por último, y de signo contrario, los que vienen establecidos en el sistema sancionador disciplinario por el incumplimiento de los deberes de los funcionarios públicos o la realización de conductas irregulares por parte de éstos.

Pasemos, entonces, a su análisis comenzando por la evaluación del desempeño que es una herramienta muy poderosa a estos efectos, pero antes digamos algo del sistema retributivo en su conjunto cuyo manejo estratégico resulta esencial respecto de este punto.

1. El sistema retributivo

Las reflexiones que se realicen sobre el sistema retributivo en el empleo público deben de tener su base en las causas de ineficacia y en las disfunciones detectadas en el sistema retributivo que ha permanecido vigente en los últimos años que, en gene-

obstante, factores intrínsecos como la afiliación (necesidad de calor humano, compañerismo o amistad), el poder (como forma de controlar e influir en los demás) y el logro (aptitud positiva ante la superación de sí mismo) son factores que influyen decisivamente en la motivación de los trabajadores.

McGREGOR, por su parte, contrapuso la teoría de la motivación tradicional de carácter mecanicista (teoría X) con una visión motivacional más humanista (teoría Y) basado en más en una gerencia de la organización que hace hincapié más en la consecución de objetivos que en el control por lo que es importante desarrollar una serie de estrategias para la motivación: descentralizar, delegar, responsabilizar a los niveles más bajos de la estructura, desarrollar una gerencia participativa y la evaluación del desempeño.

En este sentido, la motivación va a determinar de una manera importante el esfuerzo que está dispuesto a realizar una persona para la consecución de los objetivos finalmente establecidos en una moderna dirección por objetivos.

Bien es cierto, no obstante, que las más avanzadas teorías sobre motivación en las organizaciones han cuestionado, a pesar de su simplicidad, lo expuesto por los autores anteriores, las denominadas teorías de contenido, y han enfocado el problema de la motivación en los procesos. Entre estas últimas destacan la teoría de los impulsos (identifica en el pasado las experiencias que dan como resultado cierta fuerza de hábito) y las expectativas que, por el contrario, se orienta hacia el futuro que se resume en que todas las personas esperan obtener una recompensa por su trabajo que, además, se corresponda con el esfuerzo realizado lo que puede llevar a un alto desempeño que equitativamente recompensado lleva a la satisfacción personal.

[6] Véase al respecto, DELGADO PADIAL, A. (1995): "Motivación y satisfacción laboral en la Administración pública", en el volumen colectivo Los recursos humanos en el sector público, Madrid.

ral, responden a las siguientes[7]: problemas en la estructura salarial, es decir, ha de primarse en la medida de lo posibles la simplicidad; problemas en relación a los criterios de retribución, verbigracia, ha de cuestionarse la discrecionalidad irresponsable y fijar, en la medida de lo posible, mecanismos que ayuden a reducirla; problemas en la composición del paquete retributivo y en su conexión con el sistema de carrera, o lo que es lo mismo, ha de concederse suficiente importancia a conceptos retributivos que ayudan a la organización y motivan al empleado; y, por último, problemas en la política de comunicación que, en síntesis, ha de traducirse en que el sistema ha de ser suficientemente transparente y los empleados deben de conocer los mecanismos de progresión en el mismo.

El diseño retributivo implantado tras la reforma de 1984 partía, como ya era tradicional en nuestro sistema de función pública desde 1964 y así también subyace de alguna forma en el Derecho comparado, de distinguir entre dos tipos de retribuciones: las retribuciones básicas y las denominadas complementarias[8]. Las retribuciones básicas eran concebidas en el sistema establecido como una compensación por lo que el funcionario "es", respondían a motivos claramente personales del funcionario que las percibía y muy específicamente a las capacidades mostradas por el funcionario en su acceso a uno de los grupos según la titulación ostentada a los que se accedía al empleo público y a la antigüedad en la prestación de los servicios. Las retribuciones complementarias de los funcionarios públicos, por su parte, venían a cumplir por su parte un doble papel: de un lado, tanto el complemento de destino como el específico retribuían el puesto de trabajo ocupado por el funcionario, es decir, el "qué se hace", siendo que, en el primero de ellos, con éste se articulaba asimismo el sistema de carrera previsto en dicha normativa; de otro, el complemento de productividad estaba asignado al "modo" y la "intensidad" con la que el funcionario cumplía con las tareas inherentes a su puesto de trabajo, verbigracia, a "cómo se hace o cómo se consigue"[9]. El sistema se complementaba con otros conceptos retributivos de

[7] Respecto de éstos cabe referirnos, entre otros, a los siguientes trabajos: PIÑAR MAÑAS, J.L. (1986), "El nuevo sistema retributivo de los funcionarios públicos y su aplicación", *RAP*, nº111. FERRI, J. (1995), "Motivación y Retribuciones", en *La gestión de recursos humanos en las Administraciones Públicas*, Madrid. CASTILLO BLANCO, FEDERICO A. (2000), "Luces y sombras del complemento de productividad: ¿Un concepto retributivo inaplicado?", *Justicia Administrativa*, nº8, "¿Es precisa una reforma del sistema retributivo de los funcionarios públicos?: una reflexión mirando a la historia", *REDA*, nº112, 2001, y, del mismo autor, El *sistema retributivo en la función pública española*, Marcial Pons, Madrid, 2002; MANZANA LAGUARDA, R (2006)*., Derechos y deberes de los funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch.

[8] Aspecto que no cambiaría en el EBEP cuyo artículo 22 también parte de dicha distinción ya arraigada en nuestro sistema de función pública que también está presente en la Ley de Función Pública analizada (artículos 65 y 66).

[9] La STS de 29 de mayo de 1995 (RJ. 6152) describiría el sistema establecido aludiendo a que:

"SEGUNDO. Decía la Sentencia de esta Sala de 3 julio 1990 (RJ 1990\5958), recogiendo la evolución legislativa operada sobre el régimen retribuido de los funcionarios, que la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado reguló los derechos económicos de los funcionarios en sus artículos 96 a 100,

carácter no permanente o habitual (gratificaciones por servicios extraordinarios o indemnizaciones) o que respondían a circunstancias específicas (lugar de residencia en el caso de Ceuta y Melilla u otras).

Ha de puntualizarse que la lógica del sistema implantado radicaba en retribuir la contribución del empleado público a la organización -sin perjuicio de retribuir, también, su categoría- a través de las funciones desempeñadas en su concreto puesto de trabajo, y ello no era sino la correspondencia al rechazo a un modelo retributivo que hasta ese momento había estado basado en lo esencial en la antigüedad y en la titulación exigida para el acceso a la función pública que, sin embargo, y con el nuevo sistema perdían importancia relativa en la cuantía total retributiva a percibir por los funcionarios públicos.

La experiencia acumulada tras varias décadas desde su puesta en vigor demostró, una vez más en el ya largo devenir histórico de los sistemas retributivos de los funcionarios públicos, que el mismo no terminó de funcionar correctamente. Más que por errores en el diseño que también podrían apuntarse, creo que por la desnaturalización de su puesta en vigor que terminó por agotar a éste a la vista de los datos comparativos que pueden obtenerse.

distinguiendo, de una parte, el sueldo base, pagas extraordinarias y trienios, de otra, los complementos de destino, dedicación especial y familiar, estableciendo que el complemento de destino corresponde a aquellos puestos de trabajo que requieran particular preparación técnica o impliquen especial responsabilidad, y el de dedicación especial a los funcionarios a los que se exija una jornada de trabajo mayor que la normal o se acojan al régimen de dedicación exclusiva al servicio de la Administración. La Ley de Reforma de la Función Pública de 2 agosto 1984, en su artículo 23, que el artículo 1º 3 enumera entre los que se consideran bases de régimen estatutario de los funcionarios públicos, con las consecuencias que señala el artículo 149, apartado 18, de la Constitución y las Sentencias del Tribunal Constitucional de 28 julio 1981 (RTC 1981\32) y 28 junio 1983 (RTC 1983\56), incluye en dichas retribuciones el complemento de destino correspondiente al nivel del puesto de trabajo que se desempeñe; el complemento específico, destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad; y el complemento de productividad destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeñe su trabajo, régimen retributivo que se mantuvo en los artículos 11 y 12 de la Ley 50/1984, de 30 diciembre, que aprobó los Presupuestos Generales del Estado para 1985, siendo posteriormente desarrollado por Orden Ministerial 2 enero 1985, de todo lo cual se deduce que los complementos referidos están en función del nivel del puesto de trabajo que en cada momento se desempeñe, de la dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, peligrosidad o penosidad del mismo y del rendimiento, actividad extraordinaria o interés con que se desempeñe el puesto de trabajo, sin que en ningún caso constituya un derecho adquirido que haya de subsistir en lo sucesivo con independencia del puesto de trabajo que en cada momento se desempeñe o de la actividad y rendimiento desplegada en el mismo"

La experiencia de aplicación del mismo puede verse relatada en BLANCO SEVILLA, J.L. (1994), "Política de retribuciones para 1995", Revista de Presupuestos y Gasto Público, nº 14 y GUTIÉRREZ REÑON, A. y LABRADO FERNÁNDEZ, M. (1988), "La experiencia de la evaluación de puestos de trabajo en la Administración española", Madrid.

Diversa y variada fue, efectivamente, la problemática planteada en la aplicación del sistema retributivo y ciertas y relevantes disfunciones se pusieron de manifiesto en los distintos estudios realizados sobre éste y su efectiva aplicación en las distintas Administraciones públicas. Las consecuencias no se dejaron esperar y las disfunciones de su puesta en marcha terminaron por generar no pocos problemas en el resto de subsistemas de función pública, entre otros, y derivado de las diferencias no suficientemente justificadas en la atribución de los distintos complementos, la sensación de falta de equidad del sistema. Pero también otros problemas cómo la movilidad de los empleados públicos hacia los puestos mejor valorados, una fuerte presión sobre la organización para la creación de nuevos puestos de trabajo o una mejor valoración de los existentes, la fijación de complementos de destino en los puestos base muy elevados con lo que la carrera administrativa basada esencialmente en este complemento se concluía casi al inicio[10], etc.

Estos estudios también han puesto de manifiesto otro dato importante que no debe ser obviado para una correcta política de recursos humanos en el sector público, y no es otro que la desigualdad entre las retribuciones de empleos equivalentes de sector privado y del público *(Estudios para la reforma de la Administración Pública, INAP, Madrid, 2004)*. De tal forma que, a la vista de los mismos, pueden extraerse las siguientes conclusiones: en primer lugar, que con carácter general y en una primera aproximación las retribuciones en la Administración son inferiores que en el sector privado[11]; en segundo término, que la diferencia se agudiza en relación con los empleos directivos y más cualificados y de nivel superior; en tercer lugar, que ese

[10] Por apuntar una primera cuestión resaltada por la reforma de 1984, no se consiguió plenamente el objetivo de transparencia que era muy señaladamente perseguido por esta, bien es cierto que tras la normativa dictada a partir de 2013 sobre transparencia se ha avanzado notoriamente en esta cuestión. Pero, sin duda, dicha cuestión no ha sido con mucho la más grave. Se ha constatado, por añadir a lo ya expuesto una segunda consideración, una destacable desigualdad en la fijación de complementos específicos para puestos de trabajo de contenido similar -sino idéntico- y se ha producido una falta de coherencia en la fijación de los niveles de complemento de destino entre las distintas Administraciones públicas e incluso, lo que ciertamente es menos comprensible, entre unidades de la propia Administración que, unido a su escaso montante en la retribución global, ha determinado un defectuoso funcionamiento del sistema de carrera que la reforma de 1984 apuntaba.

Los estudios empíricos y comparativos realizados en los últimos años ratifican lo expuesto y ponen además de manifiesto, en el ámbito del sector público, la divergencia de contenido y denominación de puestos de trabajo directivos y de coordinación de semejante perfil y contenido, diferencias en la horquilla de complemento de destino sin obedecer a razones organizativas relevantes, jornadas de trabajo distintas sin incidencia en la retribución, escasa implantación de incentivos por productividad, elevaciones de los niveles de complemento de destino a fin de mantener el poder adquisitivo de los salarios con una incidencia negativa en el sistema de carrera, diferentes atribuciones de complementos específicos para puestos de contenido similar, etc.

[11] En unas Administraciones más que en otras. Recientemente The Objetive (21 de mayo de 2023) ponía de manifiesto el incremento del pluriempleo en el sector público, en concreto en la AGE, por la baja cuantía de las retribuciones.

diferencial o es menor o no existe en los empleos inferiores; y, por último, que las retribuciones en la Administración son equiparables al comienzo de la carrera, pero el diferencial se ensancha progresivamente a lo largo de la misma.

Por último, el propio sistema, y desde un punto de vista de su estructura, se presentaba excesivamente rígido ya que el mismo, por el alcance de lo definido como básico y la reserva de ley establecida, no permitía a las distintas Administraciones públicas introducir o adaptar los conceptos retributivos a sus especiales características. La jurisprudencia de los tribunales, y con ella la patología en el sistema, ponen de relieve mejor que otros argumentos el permanente intento de los actores en la gestión de recursos humanos en el sector público de escapar de una estructura uniforme.

A la postre, puede decirse que la suma progresiva de disfunciones y la defectuosa aplicación del mismo habían deteriorado, al menos en cierta medida, la confianza en el sistema retributivo implementado con la reforma y ya, a principios de los noventa, comenzaron a detectarse los problemas que, en buena medida y a la vista del mantenimiento de la lógica en su aplicación, han subsistido hasta el momento actual en que encaramos la efectiva reforma de éste con la legislación de desarrollo del EBEP. En cualquier caso, y como conclusión, los datos con que se cuenta revelan que la política inadecuada con que se ha aplicado el sistema ha terminado por poner en quiebra a éste.

Mención especial merece el complemento de productividad, sobre todo si atendemos al carácter dinámico que el mismo representaba en la definición retributiva. Su aplicación ha sido uno de los puntos más débiles del sistema y ello a pesar de que una de las más consistentes críticas que de siempre se han formulado respecto del salario público ha sido la carencia de instrumentos de recompensa para los empleados públicos[12].

Desde luego, en un primer acercamiento, cabe señalar que el mismo no había cumplido su papel como complemento incentivador y se había instrumentalizado, en demasiadas ocasiones, para compensar diferencias retributivas consecuencia de la defectuosa aplicación del propio sistema salarial, para corregir desfases en los incrementos de sueldo establecidos en las leyes presupuestarias, para retribuir la prolongación de la jornada de trabajo en coexistencia con otros conceptos más propios para ello, e, inclusive, y no ha de descartarse en algunos supuestos, como un mecanismo de favor en absoluto justificable[13].

[12] Algunas reflexiones sobre estos aspectos y el fracaso de las políticas de implementación del complemento de productividad puede consultarse en https://cemical.diba.cat/sites/cemical.diba.cat/files/public/migracio/publicacions/ficheros/Castillo_Blanco_complemento_productividad.pdf?noredirect=1.

[13] Desde el punto de vista de la Comisión citada con anterioridad, y que corrobora lo que ya adelantábamos, cuatro son las causas que han podido contribuir a esta situación no deseable. Expone, la misma que: "*La primera de ellas ha sido su desnaturalización, es decir, su utilización para finalidades distintas a las contempladas en*

Y es que la clave para que el diseño y concepción del sistema retributivo a implementar tenga éxito radica, en primer término, en delimitar muy precisamente las finalidades que en el campo público se quieren conseguir con el sistema retributivo. De un lado, y al igual que sucede en el empleo privado, éste ha de servir para retener y seleccionar los mejores profesionales, pero, asimismo, debe contribuir a mejorar la satisfacción del empleado público, ha de orientarse a conseguir reforzar el compromiso del funcionario con los objetivos de la organización y, por último, tiene que fomentar el desarrollo de las propias competencias del empleado potenciando y sirviendo de estímulo para priorizar aquellas habilidades útiles para atender a las necesidades organizativas.

De otro lado, la cuantía y la importancia de las retribuciones de los empleados públicos exigen también una consideración estratégica de las mismas. La gestión de éstas ha de servir a la mejor consecución de las competencias de nuestras Administraciones públicas y, desde este punto de vista, al menos dos cosas es preciso considerar primordialmente en el diseño de un nuevo sistema: la primera, consistente en que cada vez más decisivamente las retribuciones ha de estar ligadas a las competencias necesarias para el éxito de la organización pública; la segunda, relativa a las retribuciones por el desempeño, a las que ya nos hemos referido, y que no significa sino hacer partícipe al empleado de los resultados de la organización, y en las que por ello no debe perderse de vista que el nivel a partir del cual ha de retribuirse el mismo no es el desempeño normal ya que éste se incluye en la parte de salario fijo, sino un rendimiento superior conectado con los objetivos de la organización, así como la existencia de indicadores, en este caso negativos, que penalicen la retribución (aumento de plantilla, absentismo, aumento de gastos generales, etc...).

En definitiva, y ya aprobada la normativa de desarrollo que se anunciaba con el EBEP, podía afirmarse que existía una cierta insatisfacción, tanto por las organizaciones públicas como por los empleados de éstas, en el sistema retributivo y que ciertas carencias derivadas también de la propia evolución en el tiempo del sistema de empleo público aconsejaban su reforma y el reforzamiento del papel incentivador del salario en el sector público. Lo cierto es, también ha de reiterarse, que ello se debía en mayor medida a la inadecuada aplicación del mismo más que a su propia concepción, aunque ésta también pudiera optimizarse a fin de superar algunos de los problemas detectados.

la norma, ya que se ha utilizado, en demasiadas ocasiones, para compensar diferencias retributivas derivadas de los incrementos de sueldo establecidos en las leyes presupuestarias, retribuir la prolongación de la jornada de trabajo y, en algunos supuestos, incluso, como un mecanismo de favor injustificado. La segunda razón consiste en la notoria ausencia de capacidad de gestión en las unidades de recursos humanos para la aplicación del mismo. En tercer lugar, la práctica desconexión de este complemento de otras políticas de gestión de los recursos humanos en el sector público, como la carrera administrativa y la formación. Por último, su escasa relevancia en el montante global de las retribuciones y el hecho de no constituir un complemento salarial necesario, expresión manifiesta de la escasa confianza de los gestores en su virtualidad y eficacia como elemento motivador".

El EBEP, en este sentido, pareció responder con cierta fidelidad al sentido de las propuestas realizadas en la Comisión constituida a estos efectos[14]. En efecto, de un lado, se flexibilizó la estructura retributiva complementaria permitiendo la adaptación de la misma a las decisiones que se adopten en las distintas Administraciones públicas en materia de carrera y ordenación profesional[15], y, por otro, se reforzó afirmándola la competencia estatal para establecer límites a los incrementos retributivos del resto de Administraciones públicas, bies es cierto que con una metodología distinta en lo que se refería a la concertación de ésta con el resto de Administraciones públicas y actores sociales. La respuesta a la necesaria pregunta de si se podía haber ido más allá no puede ser otra que sí, ciertamente, pero desde mi punto de vista la apuesta realizada era sumamente ambiciosa en lo que tiene de habilitar un espacio

[14] La Comisión constituida en 2005 a fin de estudiar la reforma del empleo público, respecto del sistema retributivo, propuso las conclusiones siguientes:

- Se propone que el Estatuto Básico del Empleado Público salvaguarde expresamente la competencia del Estado para establecer límites generales al incremento del gasto de personal de las Administraciones Públicas, si bien mediante la fijación, en su caso, de porcentajes máximos de aumento de la "masa salarial" global de cada una de las Administraciones Públicas.

La adopción de dichos límites de los incrementos retributivos debe realizarse previa consulta a las Comunidades Autónomas y a los representantes de la Administración Local, sea en el seno de la Conferencia Sectorial de Administración Pública o en otros foros, o de otra forma, como paso previo a la negociación colectiva con las organizaciones sindicales sobre estos extremos.

- El Estatuto Básico del Empleado Público debe reconocer a las leyes que regulen la función pública del Estado, de las Comunidades Autónomas y de la Administración Local o sectores determinados de ella la posibilidad de establecer su propio modelo de retribuciones complementarias, vinculándolas, sea a la progresión alcanzada en la carrera, sea a las características del puesto, actividad o funciones que desempeñe el funcionario, en atención en su caso a sus diferentes factores o componentes, sea a través de fondos sociales o de salarios diferidos, sea en atención a la productividad o rendimiento de cada funcionario en el ejercicio de su cargo.

Cada Administración debe determinar para cada rama, sector y nivel de su propio empleo público las formas de evaluación, los criterios a tener en cuenta y las consecuencias, favorables o desfavorables en términos de percepción del mencionado complemento de productividad o similar.

- La Comisión propone que las retribuciones del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se determinen a través de la negociación colectiva, respetando las reglas de la legislación laboral común y los límites presupuestarios que puedan establecerse, pudiendo adaptarse a través de la negociación a las propias de los funcionarios en sectores y ámbitos determinados.

[15] De esta forma, el artículo 22.3 del TREBEP indica que "Las retribuciones complementarias son las que retribuyen las características de los puestos de trabajo, la carrera profesional o el desempeño, rendimiento o resultados alcanzados por el funcionario" y, por su parte, el artículo 24, referido a las retribuciones complementarias, comienza establecido un sistema abierto aludiendo a que "La cuantía y estructura de las retribuciones complementarias de los funcionarios se establecerán por las correspondientes leyes de cada Administración Pública atendiendo, entre otros, a los siguientes factores" para luego enumerar los siguientes: a) La progresión alcanzada por el funcionario dentro del sistema de carrera administrativa; b) La especial dificultad técnica, responsabilidad, dedicación, incompatibilidad exigible para el desempeño de determinados puestos de trabajo o las condiciones en que se desarrolla el trabajo; c) El grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos; d) Los servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo.

para que las Administraciones y el sector público incluido en su ámbito de aplicación pudieran disponer de una política retributiva propia.

Ciertamente la Ley de Andalucía recoge ese reto y articula un sistema retributivo que introduce ciertas novedades que, bien utilizadas, pueden ayudar notoriamente a un mejor funcionamiento de este sistema. Pasemos, pues, a su análisis.

Con relación a los aspectos generales del sistema salarial, la norma legal comienza por aludir, en el frontispicio del Título VI dedicado al sistema retributivo y más concretamente en su artículo 63, a los principios del sistema retributivo a implantar, bien es cierto, y ha de señalarse, que más que de principios se trata de reglas de percepción del salario[16]. Y es que, si nos referimos a los principios del sistema retributivo, lo cierto es que la igualdad, la equidad interna y externa, etc. serían señeros si se pretendiera enumerar los mismos[17], y todo ello sin perjuicio de la reiteración que suponen algunos apartados respecto de las reglas establecidas en el artículo 64 y que, a mi juicio, debieran haber sido corregidas en la tramitación parlamentaria[18].

---

[16] Estas reglas se completan con lo establecido en los artículos 75 (retribuciones de funcionarios pendientes de adscripción), 76 (retribuciones con ocasión de permisos específicos), 77 (deducción de retribuciones) y 78 (devengo de retribuciones) referidos como puede comprobarse a otras reglas necesarias para el funcionamiento del sistema retributivo y tienen en la Disposición transitoria quinta, apartado 1, una garantía retributiva en virtud de la cual la aplicación de esta ley no supondrá merma en las retribuciones fijas y periódicas que se estén percibiendo antes de su entrada en vigor. A tal efecto y, en caso de ser necesario, se reconocerán los correspondientes complementos personales transitorios, que se absorberán de la forma que se establezca en las normas presupuestarias.

El resto del articulado atiende a las singularidades que presenta el salario en colectivos específicos (funcionarios en prácticas, interinos, eventuales y directivos públicos)

[17] *Artículo 63. Principios del sistema retributivo.*

1. El sistema retributivo se fundamenta en los siguientes principios:

a) Garantía de las retribuciones del personal y adecuación a las responsabilidades, funciones, así como al desempeño realizado en cada puesto de trabajo.

b) Implantación de un componente de retribuciones variables vinculado a la evaluación del desempeño.

c) Transparencia y publicidad.

2. El personal funcionario solo podrá ser remunerado por los conceptos retributivos que se establecen en esta ley. El personal laboral percibirá las retribuciones conforme a los conceptos retributivos vigentes en el convenio colectivo que resulte de aplicación, que se adecuarán, con las modulaciones que sean precisas en función de las exigencias de la legislación laboral, a los principios y reglas previstos en el presente título.

3. Las cuantías de las retribuciones básicas y el incremento de las cuantías globales de las retribuciones complementarias del personal funcionario, así como el incremento de la masa salarial del personal laboral, deberán reflejarse, para cada ejercicio presupuestario, en las correspondientes Leyes del Presupuesto.

[18] *Artículo 64. Retribuciones del personal funcionario.*

1. Las retribuciones del personal funcionario se clasifican en básicas personales y complementarias. En estas retribuciones se incluyen asimismo las pagas extraordinarias.

2. El personal funcionario no podrá percibir participación en tributos o en cualquier otro ingreso de las Administraciones Públicas como contraprestación de cualquier servicio, ni tener participación directa o

Entrando ya en el contenido del resto del articulado, cabe reseñar, en primer término, que la más relevante novedad que ha de destacarse, sin perjuicio eso sí de poner en valor la regulación que se realiza de los distintos complementos retributivos básicos a la vista de la experiencia acumulada[19], tiene que ver con la introducción del complemento de carrera profesional y el cambio de denominación que ahora recibe el actual complemento de destino que pasa a denominarse complemento de nivel competencial aunque, justo es decirlo, se reestructuran los 30 niveles actuales en 20 si bien lo cierto es que de facto ya ocurría esto con el anterior sistema donde no había puestos de trabajo que tuvieran complemento de destino asignado inferior al nivel 10. Percepción de ambos complementos que, a buen seguro y ha de advertirse para quienes piensen que las reformas del empleo público se hacen "a coste cero", supondrá un incremento retributivo al añadirse un nuevo concepto de percepción[20].

Pero, en segundo lugar, cabe destacarse la regulación efectuada del, ahora denominado, complemento por desempeño estrechamente ligado a retribuir la evaluación positiva del desempeño y del que voy a ocuparme a continuación.

indirecta o premio relacionados con multas impuestas, aun cuando estuviesen normativamente atribuidas a los servicios.

3. El personal funcionario de la Administración general de la Junta de Andalucía solo podrá ser retribuido por los conceptos que se indican en esta ley, sin perjuicio de lo que se disponga en la normativa estatal de carácter básico.

[19] Que se abordan detalladamente, sin perjuicio del necesario desarrollo reglamentario, en los artículos 65 a 70 en que, entre otras novedades, se da cobertura legal a los controvertidos premios por jubilación.

[20] Bien es cierto que, a mi juicio, lo realmente grave es la combinación simultánea de un sistema de carrera profesional vertical junto a uno horizontal que, al menos desde mi punto de vista, no era la opción realizada por el EBEP. Me explico.

El grave peligro que, a buen seguro, puede producirse es que la carrera horizontal se convierta en unos nuevos trienios determinados esencialmente por la antigüedad y unos cuantos cursos. Y es que, a la vista de lo que ya se está poniendo de relieve allí donde este sistema se ha implementado, sino se opera con un rigor exquisito en la adecuada gestión de los criterios que se establecen para realizar la carrera horizontal, se corre un riesgo cierto de que el tránsito entre tramos sea algo cuasiautomático, con una relevancia del tiempo y de la formación decisiva, que termine por convertir la carrera profesional en un aumento lineal de las retribuciones sin ofrecer mayores resultados en términos de motivación y rendimiento. Algo, añadamos, no menor.

Algunas pistas nos conducen a temernos lo peor y esperemos que el desarrollo reglamentario opere con la suficiente sensatez. La primera de ellas son las garantías para que el órgano colegiado que ha de evaluarlo opere con cierta autonomía e independencia lo que se traduce en quienes pueden formarlo, cómo se encaja el mismo en la organización, etc. La segunda, y no sé si se debe al subconsciente, es que el único criterio a que se refieren los preceptos contenidos en la norma legal es de tiempo, necesario lógicamente, pero relevante y ciertamente indicativo de lo que pueda acontecer. La tercera es que, salvo aspectos retributivos, el progreso en la carrera profesional no tiene al parecer ningún efecto sobre otros subsistemas como el desempeño de puestos de trabajo, la promoción interna, etc. Y es que si esto es así la verdadera carrera será la vertical, como hasta ahora, y no habremos arreglado nada porque volveremos al punto de partida.

2. El complemento por desempeño y la evaluación del desempeño[21]

Este complemento, que sustituye en forma más correcta y ambiciosa al hasta ahora conocido como complemento de productividad al vincularlo claramente a la consecución de objetivos, tendrá carácter variable en función del cumplimiento, para cada periodo anual dado que su cuantía se liga a su previsión en los presupuestos, de los objetivos concretamente definidos.

Añade la norma andaluza que, en ningún caso, la percepción del mismo generará el derecho adquirido a su mantenimiento, exigiéndose la previa determinación de objetivos en la unidad administrativa correspondiente, así como la posterior evaluación objetiva de los resultados obtenidos, previa definición de los indicadores de medición. De otro lado, se específica que las cuantías globales máximas a abonar por dicho concepto deberán estar previstas para cada anualidad en la correspondiente Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Cabe señalar, desde el inicio, que la evaluación del desempeño no era algo nuevo en nuestro sistema. Otra cosa es que, hasta ahora, haya funcionado de forma adecuada y que se denote una enorme reticencia de las centrales sindicales en cuanto a su implementación dada la reiterada llamada a la negociación colectiva, en forma previa su desarrollo reglamentario, que se realiza en su texto. La Ley dedica el Capítulo III del Título V a la regulación de la misma dado que concibe a éste[22], como

[21] De necesaria referencia respecto de este punto son los siguientes trabajos: ALMEIDA CERREDA, M. (2010). La evaluación del desempeño de los empleados públicos. En particular, el establecimiento de sistemas de evaluación de desempeño en las Administraciones locales. Anuario de Derecho Municipal, 3, 115-158. Disponible en http://hdl.handle.net/10486/664322; ARROYO YANES, L. M. (2012). La carrera profesional y la evaluación del desempeño de los funcionarios públicos. Revista catalana de dret públic, 45, 94-128. http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/104; CÁMARA MAS, ROGER (2023), La evaluación del desempeño de los empleados públicos, Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. 2023, (19), 214-233, disponible en DOI: https://doi.org/10.24965/reala.11090; GORRITI BONTIGUI, M. (2012). La evaluación del desempeño en las administraciones públicas españolas. En J. Fuentetaja Pastor y J. Cantero Martínez (dirs.), Crisis económica y función pública (pp. 259-281). Aranzadi; LINDE PANIAGUA, E. (2008). La evaluación del desempeño de los empleados en el Estatuto Básico del Empleado Público. En E. Linde Paniagua (dir.), El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo por el Estado y las Comunidades Autónomas, (pp. 179-201). Colex; Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (2013); MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS (2015). Modelo de Evaluación del Desempeño en el marco de la planificación de objetivos y estratégica en las administraciones públicas; Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Recuperado de https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:1515e815-105a-4f52-9e5a-75d107366c8b/ModeloEvaluacion20072015-IEF.pdf; NOGUER PORTERO, M. C. (2008). La evaluación del desempeño, en S. Rey Guanter (dir.), Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público. La Ley; PADILLA RUIZ, R. (2017). Gestión del empleo público: la evaluación del desempeño en la mejora de la eficiencia administrativa. J. M. Bosch Editor; RASTROLLO SUÁREZ, J. (2018). Evaluación del desempeño en la administración: hacia un cambio de paradigma en el sistema español de empleo público. Tirant lo Blanch.

[22] Desde mi punto de vista se pueden realizar las siguientes observaciones en general sobre este sistema:

efectivamente así debe ser, en forma independiente aunque se encuentre íntimamen-

1º El procedimiento de evaluación del desempeño ha de concebirse de forma integral y estratégica para producir los cambios que requiere el sistema de empleo público, es decir, debe tener su necesaria influencia en todos los subsistemas que integran el empleo público una vez que el empleado público ingresa en la organización.

2º Hay que determinar qué se pretende evaluar y qué consecuencias tiene la evaluación qué se realice. Esto exige determinar si se quiere evaluar desempeños conductuales (valorar la conducta del empleado con relación al desempeño de sus tareas, su interacción con los compañeros, conductas contraproductivas, su contribución a la tarea colectiva, etc.), o en forma alternativa o acumulativa, si lo que se pretende es medir la consecución de logros y objetivos (rendimiento). Debe tenerse en cuenta que, en este segundo caso, es requisito ineludible de un sistema de evaluación atinente al rendimiento la previa definición de objetivos y la opción por si se realiza grupal o individualmente.

En este sentido, el artículo 20 EBEP y la Ley de Andalucía optan por un sistema dual, es decir, que valore la conducta profesional de los empleados públicos y que también, y sin perjuicio de lo anterior, pueda valorar el rendimiento de los empleados públicos.

Pero, precisamente, esa doble faceta que presenta la evaluación del desempeño, a la vez que permite la consecución de las distintas finalidades a las que puede servir esta técnica, podría aconsejar dos métodos distintos y distinto grado de velocidad en su puesta en funcionamiento. Me explico. Mientras la evaluación del desempeño conductual (la que podría tener consecuencias en la carrera profesional, desempeño de puestos de trabajo, acceso a a función directiva, formación y régimen disciplinario esencialmente), sin perjuicio de que a buen seguro encontrará resistencias y exige una importante voluntad política y una necesaria capacidad técnica para su puesta en marcha, es más viable y de mayor facilidad en su implantación. Sin embargo, la evaluación del rendimiento, la que tiene que ver con los resultados que se obtienen (y que es la que tendría su repercusión en el complemento de productividad), tal vez exigiría unos métodos y un período de implantación distintos.

Quiere decirse con ello que, al menos desde mi punto de vista, la implantación del sistema debiera ser concebida como un proceso, con períodos transitorios en su caso, sin incidencia económica generalizada en un primer momento, con el sucesivo tránsito de sistema más simples a procedimientos más complejos, etc.

3º La definición del sistema que se realice, además, ha de obedecer a unos elementales principios:

* Transparencia, es decir, el sistema ha de ser conocido por todos antes de su implantación (lo que aconseja algún tipo de estrategia en este sentido), en todo caso pactado y consensuado con los actores sociales y, en el caso, de la evaluación conductual a ser posible con anclajes conductuales que permitan al empleado saber, de forma previa, la conducta profesional que se espera de él.

* Objetividad y fiabilidad del sistema, es decir, no solo porque por imperativo del EBEP ha de responder a estos parámetros, sino por la legitimidad que se logra y por la previsible conflictividad judicial que provocará en un primer momento, lo que recomienda que el mismo tenga algún aval científico a estos efectos.

* El sistema tiene que tener una periodicidad establecida.

* El sistema de evaluación conductual ha de ser descentralizado, tanto por el alto número de empleados a que afecta, cómo porque la conducta profesional de un empleado público ha de evaluarse allí donde se conoce. Distinto es el supuesto de la evaluación del rendimiento en que se puede optar por un sistema más centralizado.

* La evaluación que se realice debe tener suficiente relevancia y, lógicamente, discriminar a los empleados públicos por los resultados obtenidos.

* Diversidad del sistema, es decir, no puede ser, ni siquiera en las evaluaciones conductuales, un sistema único ya que todos los empleados que hagan lo mismo deben estar sujetos a los mismos criterios, pero no los que realicen actividades distintas.

4º En el caso del desempeño contextual el evaluador no puede ser, en la totalidad del sistema, ni el superior jerárquico ni el evaluado: debe completarse con los compañeros y, en su caso, con los destinatarios

te relacionada con el salario (artículos 59 a 62)[23].

La Ley, en su artículo 59, define a la a evaluación del desempeño como el procedimiento mediante el cual se mide y valora la conducta profesional del personal funcionario y el rendimiento o el logro de resultados con la finalidad de mejorar la eficiencia de la Administración y la mejora de los servicios públicos. Su apartado 3 añade, como finalidades de su implantación, *"la mejora de la gestión pública y del rendimiento del personal, mediante la valoración del cumplimiento de objetivos, de la profesionalidad y de las competencias adquiridas, y que hayan sido acreditadas o reconocidas, en el ejercicio de las tareas asignadas, y se fundamenta en la cultura del aprendizaje permanente"*[24].

Si bien, la Ley de Andalucía, con carácter general, recoge en varios preceptos aquellos elementos que se habían señalado en algunos informes como de necesaria reserva legal en esta concreta materia (artículos 59 a 62)[25], a diferencia de otras normas de empleo público más escuetas en este punto[26], lo cierto es que, como acontece

de los servicios. En el caso de la evaluación del rendimiento debe ser externo a la unidad administrativa evaluada.

[23] Todas las normas de empleo público recientemente aprobadas dedican un apartado especialmente a esta técnica considerando su puesta en marcha un mecanismo de modernización esencial para un buen funcionamiento del empleo público e, inclusive, algunas elevan ésta -una técnica al fin y al cabo-al rango de principio estructurante del empleo público (artículo 2.2 j) Ley 11/2022, de 1 de diciembre, de Empleo Público Vasco).

[24] El Proyecto de Ley Estatal, ya hoy decaído dada la disolución parlamentaria acontecida en mayo, en su artículo 81, lo definía cómo el procedimiento mediante el cual anualmente se valora la conducta profesional y se mide el rendimiento o el logro de resultados de las empleadas y empleados públicos, con la finalidad de mejorar la productividad de las diferentes unidades y la calidad de los servicios públicos. Dicha evaluación partirá de la planificación estratégica y tendrá en cuenta los objetivos y resultados de cada unidad o centro directivo como marco de valoración objetiva y objetivable.

Y establecía como finalidades de éste: a) La consecución de los objetivos estratégicos de cada unidad y la motivación de las personas mediante su implicación en la consecución de los mismos; b) El fomento del trabajo en equipo y las relaciones transversales e interorgánicas; c) El desarrollo y promoción profesional de las empleadas y empleados públicos; d) La mejora de la comunicación e intercambio de información; e) La adquisición de nuevas competencias profesionales, mediante la identificación de las necesidades de formación y capacitación de las empleadas y empleados públicos; f) La innovación y mejora continua de los procedimientos

[25] El Informe de la Comisión de Coordinación del Empleo público, grupo de trabajo de la evaluación del desempeño (Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas – MHAP, 2013), enumeró aquellos aspectos de la evaluación del desempeño cuya regulación debería hacerse necesariamente por ley:

1. La naturaleza jurídica del procedimiento de evaluación y su conexión con la carrera profesional, la provisión de puestos, el sistema retributivo y la formación.
2. La definición de los principios informadores del modelo.
3. La definición de las personas evaluadoras.
4. La determinación del objeto de la evaluación.
5. Los efectos y la revisión de la evaluación.

[26] Así puede anotarse, en este aspecto, la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura (artículo 113) o por referirnos a normas más recientes la Ley 4/2021, de 16 de abril, de la Función Pública Valenciana (artículo 137) o la propia Ley 11/2022, de 1 de diciembre, de Empleo Público Vasco.

en otras materias claves de la norma, la misma remite en su concreta delimitación a una futura norma reglamentaria los detalles más concretos del sistema de asignación de este complemento y la periodicidad de su percepción que es lo que, al fin y a la postre, dará la verdadera medida del sistema establecido. Norma que, además, ha de ser negociada con los representantes sindicales y así se recoge en forma reiterada y expresamente en la Ley[27]. Pero norma, y esto sí que podría objetarse, que puede ser dictada, nada más y nada menos, que en el plazo de dos años después de la entrada en vigor de la norma legal siguiéndose hasta ese momento temporal cobrándose el complemento de productividad[28]. Además, y según establece la Disposición transitoria decimoprimera, no tendrá efectos hasta dos años después de implementada y, de acuerdo y sin perjuicio de lo anterior, de que requiera que cada Departamento disponga de su instrumento de planificación estratégica (artículo 51.5). La prudencia, pero también la desconfianza, preside la puesta en marcha del sistema que, en principio, y si se traduce en un sistema que de verdad funcione no tiene que preocupar salvo que la implementación del mismo ya parece apuntar una gran complejidad en su puesta en marcha con numerosos trámites interpuestos para su efectiva entrada en vigor.

Dicho ello nada parece haber en el texto de la Ley que pueda ser objeto de crítica o recomendación salvo en lo referido a sus efectos que, en la versión inicial del Proyecto de Ley, eran más bien limitados y finalmente, y hemos de felicitarnos por ello, han sido más ambiciosos en la redacción final propuesta por la Ponencia. Ni los principios por los que ha de regirse de los que si debo destacar por su importancia frente a ulteriores reclamaciones el de transparencia y el de la fiabilidad de los instrumentos a utilizar para dicha evaluación[29], ni tampoco los elementos a ser valorados que, junto a establecer un *numero apertus*, recoge expresamente los siguientes a fin de valorar la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados:

a) El grado de interés, la iniciativa, la aptitud y la actitud con los que se realice el trabajo, incluida la acreditación de competencias a través de la actualización y perfeccionamiento de la cualificación profesional.

[27] Es este un punto común, recogiéndose en forma expresa, en todas las recientes normas de empleo público aprobadas, o en trámite, el contemplar los sistemas y normas en virtud de los cuales se realice la evaluación del desempeño como objeto de negociación colectiva. Puede verse, al respecto, el artículo 191 de la Ley de Empleo Público Vasco (artículo 54)

[28] Así lo establece el apartado 2 de la Disposición transitoria quinta y la Disposición final primera de la Ley.

[29] Como puede comprobarse en el artículo 59.4 de la Ley aparecen como principios: *a)* Transparencia; *b)* Objetividad *c)* Fiabilidad de los instrumentos; *d)* Periodicidad; *e)* Adaptación a las funciones desarrolladas; *f)* Imparcialidad; *g)* No discriminación; y *h)* Publicidad.

b) La contribución al logro de los objetivos del órgano o de la unidad administrativa correspondiente y, en su caso, la consecución de los objetivos profesionales que se fijen.

c) La participación en procesos de innovación y formativos, proyectos institucionales y de buenas prácticas en favor de la excelencia y la normalización y racionalización de procesos, y en procesos de gestión y generación de nuevo conocimiento, para la mejora de la organización y gestión administrativas.

Y a estos se ha añadido en el tramo final de su tramitación parlamentaria, de acuerdo con el informe de la ponencia, el siguiente elemento: d*)* La conducta profesional se valorará conforme al código de conducta establecido en el capítulo VI del título III del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público y se presumirá positiva, salvo valoración negativa expresa y motivada.

Nada más loable, aunque no debe olvidarse que la incentivación económica puede ser una herramienta eficaz para mejorar el rendimiento general si éste no es ya muy elevado, o para hacer frente a una sobrecarga de trabajo concreta, pero nunca puede ser un sustituto para desequilibrios de plantillas (en número o tipo de efectivos).

En cualquier caso, lo cierto es que el funcionamiento de un sistema de evaluación del desempeño va a depender de distintos elementos que será preciso cuidar en su establecimiento concreto:

- Una buena definición de los objetivos organizativos y profesionales que deberán ser contrastados si queremos que la evaluación del rendimiento se oriente a una mejora de la organización.

- Disponer de las habilidades técnicas y sociales necesarias para realizar esta actividad y de la suficiente independencia por parte de los órganos llamados a realizar dicha evaluación dada la tradicional huida de los conflictos interpersonales que existen en nuestras Administraciones Públicas[30].

- Estar debidamente engarzado, una vez se establezca el desarrollo reglamentario, con el resto de políticas de gestión de RRHH de la entidad: sistema retributivo, carrera profesional, formación, sistema disciplinario, etc.

[30] Por de pronto la Ley establece una especie de órganos vigilantes del proceso en e artículo 60.2 que recoge que: "Reglamentariamente, se regulará la creación de comisiones de seguimiento con participación de la Administración y las organizaciones sindicales más representativas, para la valoración global de los procesos realizados y los resultados obtenidos, así como formular propuestas de mejora de dichos resultados".

- La evaluación que se realice para su implementación ha de ser necesariamente, y en la medida de lo posible, a través de indicadores medibles y objetivos.

- Y, por último, conviene no olvidar que para que un modelo de este tipo sea verdaderamente eficaz en la incentivación del rendimiento, deben darse dos circunstancias fundamentales:

* Que el volumen global de incentivo sea significativo con respecto a la totalidad de las retribuciones y sensible (tanto al alza como a la baja) a los resultados del órgano evaluado. Esta condición presenta a su vez dos dificultades: las restricciones presupuestarias, que pueden limitar los resultados económicos del modelo, y las presiones por parte de los departamentos afectados para minimizar el recorte los años en los que los resultados experimentan caídas significativas.

* Que los criterios de distribución y los importes individuales acreditados a los funcionarios estén en relación con su participación en la consecución de los resultados. Esta circunstancia tiene como principales problemas la dificultad para medir, según qué tipo de trabajo, el rendimiento individual y su relación con los resultados obtenidos, ya que no toda actividad es fácilmente mensurable, y la "tentación" de pactar criterios de distribución lineales o proporcionales al nivel del puesto de trabajo.

De esos elementos, y de su efectiva y eficaz plasmación[31], dependerá el éxito a la vista de la experiencia que ya atesoramos en la materia más allá de los procedimientos concretos, que lógicamente deberán cuidarse, si queremos garantizar adecuados resultados.

Por de pronto, no estaría de más repensar los efectos de esta evaluación, positivos y negativos, en el sistema de gestión de recursos humanos establecido. En cuanto a los primeros, que como se ha apuntado han sufrido una relevante modificación en la tramitación parlamentaria, solo se refería el primigenio Proyecto de Ley a los efectos retributivos y a la carrera profesional (artículo 61.1), habiéndose añadido en el informe de la ponencia la posibilidad, previa negociación colectiva cómo no, de que el mismo pueda ser requisito necesario para que el tiempo de trabajo desarrollado durante el período evaluado sea valorado como mérito de experiencia en los

[31] En efecto, el artículo 60.4 de la Ley establece que: "Reglamentariamente, se establecerán los sistemas de evaluación del desempeño, la atribución de competencias para efectuar la evaluación con criterios objetivos y la periodicidad con la que se llevará a cabo, así como también se regularán los órganos técnicos de carácter colegiado a los que corresponda la revisión de las evaluaciones realizadas".

procesos selectivos y de provisión[32]. Quizás podrían haberse establecido otros fijando una cláusula abierta y dejando abierta la posibilidad de que se estableciesen otros subsistemas en que este sistema tuviera impacto[33].

En cuanto a los efectos negativos el sistema establecido, y quizás en este punto es fácilmente comprensible la prudencia de la norma legal a fin de facilitar su implementación, el texto originario se refería expresa y directamente a la formación y a la provisión de puestos de trabajo y solo indirectamente a la posibilidad de remoción del puesto de trabajo para establecer una garantía en caso de ello aconteciese[34]. El informe de la ponencia, finalmente, si ha contemplado la posibilidad de la remoción directamente de la forma siguiente: en los términos que, previa negociación colectiva, se prevean reglamentariamente, la obtención continuada de tres o más resultados negativos y consecutivos en la evaluación del desempeño podrá dar lugar a la remoción del puesto obtenido por concurso, previa audiencia de la persona interesada y mediando resolución motivada[35].

---

[32] Si bien desaparecía el apartado b del artículo 61.2 que era más concluyente a este respecto estableciendo que: La obtención de un segundo resultado negativo y consecutivo en la evaluación del desempeño tras la participación en dicho programa de formación específico supondrá que en el primer procedimiento de provisión de puestos de trabajo que se convoque a continuación la persona afectada no podrá valorarse, como mérito de experiencia, el tiempo de trabajo desarrollado durante el período evaluado.

[33] En el caso de la Ley de Empleo Público Vasco expresamente se señalan en el artículo 55.4 se enumera, en concreto, carrera profesional, la promoción interna, la provisión de puestos de trabajo (ha de valorarse preceptivamente en los concuros) y las retribuciones complementarias y, asimismo, en la revisión de los puestos de trabajo, en la formación y en la selección. En mi opinión, inclusive, puede alcanzar a más subsistemas.

[34] Con mayor alcance que en el caso andaluz en el caso del Proyecto de Ley de Función Pública de la AGE el artículo 84 establecía que los resultados de la evaluación del desempeño tendrán los efectos que se prevean reglamentariamente en las siguientes materias:

a) Percepción de complemento de desempeño.

b) Progresión en la carrera profesional.

c) Criterios para la provisión de puestos de trabajo.

d) Continuidad en el puesto de trabajo.

e) Valoración de las necesidades formativas, incluyendo aquéllas que hayan de ser ofertadas a las empleadas y empleados públicos con carácter obligatorio, e incentivando la participación en acciones formativas voluntarias.

Y añade, sin problema alguno, que:

- los procesos de selección y provisión y para su aplicación en la progresión en los tramos de la carrera profesional horizontal.

- los resultados negativos de la evaluación del desempeño darán lugar a la no valoración del mérito de experiencia durante el correspondiente periodo en los procesos de selección y provisión a los que concurra el personal empleado público. Asimismo, la obtención continuada de resultados negativos en la evaluación del desempeño dará lugar a la remoción del puesto obtenido por concurso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 57.1 de esta ley, previa audiencia de la persona interesada y mediando resolución motivada, en los términos que se prevean reglamentariamente.

[35] No contempla la remoción expresa, remitiéndose a lo establecido reglamentariamente, la Ley de Asturias (artículo 100.3 Ley del Principado de Asturias 2/2023, de 15 de marzo, de Empleo Público). Si,

Sabiendo, como sabemos, que puede haber más efectos[36], lo cierto es que el Proyecto de Ley remitía a una norma reglamentaria la determinación de los mismos[37]. Mención que, sin embargo, ha desaparecido en el texto final legalmente aprobado por lo que de interpretarse el texto normativo cómo una cláusula cerrada solo tendrá incidencia en el sistema retributivo, en la carrera profesional, como tiempo evaluable positivamente en procesos de selección y provisión de puestos de trabajo y, eventualmente, como causa de remoción del puesto de trabajo. Nada se dice sobre su eventual incidencia en el régimen disciplinario y ello se une, como seguidamente veremos, a la ausencia de tipificación como infracción disciplinaria de la falta de rendimiento.

en cambio, lo establecen otras normas autonómicas. Así la Ley 9/2023, de 5 de mayo, de Función Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja, que también establece que la evaluación negativa impide la ampliación de la edad de jubilación (artículo 53.3), contempla dos efectos esencialmente:

- La continuidad en un puesto de trabajo obtenido por concurso quedará vinculada a la evaluación del desempeño de acuerdo con los sistemas de evaluación que se determinen, dándose audiencia a la persona interesada, y por la correspondiente resolución motivada.

- Los periodos en los que se haya obtenido una evaluación del desempeño negativa no contabilizarán en ningún procedimiento de selección, provisión o a efectos de cualquiera de las modalidades de carrera.

Siendo mucho más escueto el texto de la Ley 4/2021, de 16 de abril, de la Función Pública Valenciana que establece recoge también que la continuidad en los puestos de trabajo dependerá de los resultados de la evaluación (artículo 137.5).

Más asertivo es, respecto de la remoción, el artículo 101 de la Ley de Empleo Público Vasco que establece dicho efecto en aquellos casos en que se acredite fehacientemente mediante la evaluación del desempeño la inadaptación funcional de la persona funcionaria a los nuevos requerimientos del puesto de trabajo y tales carencias no puedan ser subsanadas mediante un proceso de formación o, una vez realizado este, la persona funcionaria no supere las exigencias del mismo. Y, asimismo, cuando se constate fehacientemente, de acuerdo con lo que se determine reglamentariamente, que el grado profesional reconocido no garantiza un desempeño eficaz de las tareas vinculadas al puesto de trabajo tras la primera evaluación del desempeño realizada desde el momento de la obtención del citado puesto.

[36] La Ley establece dos previsiones, a este respecto, en su artículo 61:

a) La obtención por primera vez de un resultado negativo en la evaluación del desempeño dará lugar a la participación de la persona afectada en un programa de formación específico para la mejora de sus conocimientos y competencias profesionales en relación con el puesto de trabajo ocupado durante el período evaluado.

c) La obtención de tres o más resultados negativos y consecutivos en la evaluación del desempeño podrá dar lugar a la remoción del puesto obtenido por concurso, previa audiencia de la persona interesada y mediando resolución motivada.

En caso de remoción del puesto de trabajo, la persona funcionaria de carrera afectada será adscrita, con carácter provisional, a otro puesto de trabajo en la misma localidad, cuando esto último sea posible, respetando el tramo de carrera profesional consolidado y sin que resulte de aplicación en estos casos lo previsto en el artículo 131, apartado 3, de la ley.

[37] Así sucede, por ejemplo, en la Rioja (artículo 82.3) que establece que las administraciones públicas de la Comunidad Autónoma de La Rioja determinarán los efectos de la evaluación del desempeño en la carrera profesional, formación, provisión de puestos de trabajo y en la percepción de las retribuciones complementarias asociadas al puesto de trabajo. Similar dicción se encuentra en el artículo 137.5 de la Ley Valenciana.

III. EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO

En cuanto al segundo sistema al que hay que referirse, el régimen disciplinario, el mismo se regula en el Título XII (artículos 165 a 177), con ciertamente mejoras técnicas respecto de lo que hasta el momento existía que, como es conocido, estaba reducido a la legislación estatal básica y el vetusto Reglamento de 1986. Ciertamente, y al menos en mi opinión, cabe comenzar haciendo una reflexión general consistente en que quizás se ha pecado de falta de ambición en la regulación de este sistema dada la tradicional ineficacia del mismo que hubiese aconsejado regular más detalladamente algunos aspectos y a la vez prescindir de otros que son reiterativos de lo dispuesto en la legislación estatal básica[38].

Ciertamente el texto finalmente aprobado de la ley tiene aspectos positivos evidentes como son distintas reglas de exigencia de responsabilidad disciplinaria contempladas en el artículo 165 y que dan respuesta a cuestiones que no tenían previsión alguna en las normas disciplinarias hasta ahora existentes[39], la protección del denunciante que realiza el artículo 174 y que completa lo ya establecido en la propia ley de procedimiento administrativo[40], o, por poner un último ejemplo, la mejor definición

[38] En esta materia son clásicas, junto a las tradicionales obras sobre Derecho sancionador, las referencias doctrinales cronológicamente siguientes: CASTILLO BLANCO, F.A. (1992), *Función Pública y poder disciplinario del Estado*, Editorial Civitas, Madrid; TRAYTER JIMÉNEZ, J.M. (1992), *Manual de Derecho Disciplinario de los Funcionarios Públicos*, Marcial Pons; LAFUENTE BENACHES, M. (1996), *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos de la Administración del Estado*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia; CÁMARA DEL PORTILLO, D. (2008), *Régimen disciplinario de los empleados públicos*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires; MANZANA LAGUARDA, R. S. (2008): *Responsabilidad disciplinaria de los empleados públicos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia; MARINA JALVO, B. (2015), *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, Aranzadi, Navarra.

[39] Entre estas las siguientes:

- De no ser posible el cumplimiento de la sanción por hallarse el personal funcionario en situación administrativa que lo impida, esta se hará efectiva cuando su cambio de situación lo permita, salvo que haya transcurrido el plazo de prescripción de la sanción.

- La pérdida de la condición de personal funcionario o laboral impide la exigencia de responsabilidad disciplinaria, pero no libera de la responsabilidad patrimonial o penal exigible de acuerdo con el artículo 94, apartado 1, del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

- Dentro del plazo de prescripción de las faltas podrá exigirse responsabilidad disciplinaria si se adquiere nuevamente la condición de personal funcionario o laboral o, en el caso del personal funcionario interino o laboral temporal, al reincorporarse a la prestación de servicios en la correspondiente Administración.

[40] Como es conocido se suscitaron ciertas dudas sobre la aplicabilidad de la LRJPAC a los procedimientos disciplinarios que fueron disipadas por el Tribunal Supremo, en sentencia de 10 de febrero de 2002 (rec. 683/2000), que aclaró afirmándolo su carácter supletorio. La LPAC, que no contempla previsión alguna a diferencia de la anterior, permite entender que tanto los principios como las especialidades procedimentales relativas a los expedientes sancionadores resultan extrapolables a los disciplinarios sobre el personal al servicio de los entes públicos, debiendo aplicarse esta normativa unida a las previsiones recogidas en el art. 98 TREBEP. No obstante, hay que tener en cuenta que la disposición adicional primera, apartado 1, LPAC señala que: "*Los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia*

de las conductas por las cuales ha de exigirse responsabilidad respecto del reglamento estatal de 1986, etc. Dicho ello, y con carácter general, creo que es preciso subrayar que en esta materia hay un excesivo seguidismo de la legislación estatal básica y una renuncia, sin perjuicio de respetar ésta, a establecer previsiones propias. Las continuas remisiones a la legislación básica son un buen ejemplo de ello.

Entre los aspectos que podían haber recibido una regulación más acertada sin duda está los sujetos responsables de infracciones y sanciones. La Ley, ciertamente, contempla a autores, inductores y encubridores estos dos últimos remitiéndose a la legislación estatal básica[41], pero como sabemos en el ámbito del *ius puniendi* el concepto de autor incluye otro tipo de autorías (coautorías, cooperadores necesarios, autores mediatos etc.) y de personas que hubieran podido ser incluidas como responsables de las infracciones que se cometiesen (cómplices, receptadores, provocadores, conspiradores etc.) que quizás hubiese sido oportuno haber previsto[42], tal como se contempló en algunos borradores previos, delimitando su eventual responsabilidad y los efectos que dicha condición tiene respecto de la sanción[43].

Asimismo, es de señalar aquí que las atenuantes y agravantes también hubieran merecido mayor atención, como también se hacía en algunos borradores del Proyecto de Ley que finalmente desaparecieron en el finalmente tramitado parlamentaria-

que no exijan alguno de los trámites previstos en esta Ley o regulen trámites adicionales o distintos se regirán, respecto a éstos, por lo dispuesto en dichas leyes especiales", por lo que de dicho precepto se puede defender la posición jurídica de que la LPAC es supletoria de las normas reguladoras de los procedimientos especiales en materia disciplinaria (no así en las normas procedimentales), y por tanto, el procedimiento disciplinario cuenta con la cobertura legal prevista en el TREBEP.

[41] No queda muy claro, a lo largo de todo el articulado de la Ley, cual es el criterio para remitirse y no reproducir la legislación estatal básica y cuando, sin embargo, ha de reproducirse esa. A título de ejemplo así sucede con la reiteración de los principios de la potestad disciplinaria, con idéntica redacción a la del TREBEP, a salvo de que se añade la prescripción que, como es sabido, más que un principio se trata de una regla.

[42] Así lo hace la Ley de Función Pública de Galicia (artículo 183).

[43] Casi todas las normas de empleo público más recientemente dictadas lo hacen (a título de ejemplo en Galicia, artículo 191). De esta forma, en borradores anteriores al Proyecto de Ley finalmente presentado y tramitado se preveían reglas, respecto de este asunto, del siguiente tenor:

"A efectos disciplinarios, y en el caso de infracciones graves o muy graves, los coautores, cooperadores necesarios, los autores mediatos y los receptadores serán considerados como autores. A los cómplices y encubridores y a los sancionados por provocación, conspiración o proposición se les aplicará la sanción que corresponda en la misma categoría, pero en el nivel inferior al que pertenezca la infracción sancionada, salvo en el caso de la separación de servicio en que será de aplicación la suspensión de funciones.

- Cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras en concurso medial, o bien cuando de un solo hecho deriven una pluralidad de infracciones en concurso ideal, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida.

- No será exigible responsabilidad disciplinaria alguna en aquellos supuestos susceptibles de ser incluidos en los nº 1, 2 y 3 del Código Penal y el error de prohibición invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción podrá excluir toda clase de responsabilidad"

mente[44], más allá de la remisión a la normativa estatal básica renunciando con ello a establecer un criterio propio en este crucial aspecto que, además, se ha de tener en cuenta se ha de completar con la atenuación o exoneración de responsabilidad que se prevé para el denunciante en el artículo 40 de la Ley 2/2023, de protección del denunciante y que podría haber tenido reglas específicas según lo establecido en el artículo 174.5 de la Ley y en el artículo 62.4 LPAC[45]. También hubiera merecido más atención la regulación del principio de proporcionalidad, verdadero baluarte del derecho sancionador y disciplinario, y abordar siquiera fuera someramente los concursos, de normas y de infracciones, y específicamente del concurso ideal (es decir cuando un hecho da lugar a más de una infracción), más allá de lo previsto para las infracciones continuadas.

Otro tanto puede decirse de la prescripción donde, sin perjuicio de la remisión a la legislación estatal básica, se renuncia a regular supuestos como, a título de ejemplo, sucede con las denominadas infracciones continuadas que, aun contemplándose (artículo 172.4), nada se dice sobre sus efectos sobre el transcurso del plazo lo que

[44] En algunos borradores se incluía, junto a lo establecido en la normativa estatal, lo siguiente: *"Asimismo, se considerarán circunstancias atenuantes obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante, haber procedido siendo culpable, y antes de conocer que el procedimiento sancionador se dirige contra él, a confesar la comisión de la infracción a las autoridades administrativas y la reparación de la situación creada por la comisión de dichas faltas por parte del responsable en el plazo que se señale en el correspondiente requerimiento".*

[45] Artículo que establece distintas reglas:

- Cuando una persona que hubiera participado en la comisión de la infracción administrativa objeto de la información sea la que informe de su existencia mediante la presentación de la información y siempre que la misma hubiera sido presentada con anterioridad a que hubiera sido notificada la incoación del procedimiento de investigación o sancionador, el órgano competente para resolver el procedimiento, mediante resolución motivada, podrá eximirle del cumplimiento de la sanción administrativa que le correspondiera siempre que resulten acreditados en el expediente los siguientes extremos:

a) Haber cesado en la comisión de la infracción en el momento de presentación de la comunicación o revelación e identificado, en su caso, al resto de las personas que hayan participado o favorecido aquella.

b) Haber cooperado plena, continua y diligentemente a lo largo de todo el procedimiento de investigación.

c) Haber facilitado información veraz y relevante, medios de prueba o datos significativos para la acreditación de los hechos investigados, sin que haya procedido a la destrucción de estos o a su ocultación, ni haya revelado a terceros, directa o indirectamente su contenido.

d) Haber procedido a la reparación del daño causado que le sea imputable.

- Cuando estos requisitos no se cumplan en su totalidad, incluida la reparación parcial del daño, quedará a criterio de la autoridad competente, previa valoración del grado de contribución a la resolución del expediente, la posibilidad de atenuar la sanción que habría correspondido a la infracción cometida, siempre que el informante o autor de la revelación no haya sido sancionado anteriormente por hechos de la misma naturaleza que dieron origen al inicio del procedimiento.

- La atenuación de la sanción podrá extenderse al resto de los participantes en la comisión de la infracción, en función del grado de colaboración activa en el esclarecimiento de los hechos, identificación de otros participantes y reparación o minoración del daño causado, apreciado por el órgano encargado de la resolución.

también se barajó en los estudios previos realizados[46]. Idéntica opción se realiza al establecer los tipos de sanciones donde no se utiliza la posibilidad que la propia normativa estatal básica abrió para regular otras eventuales sanciones, salvo la prevista para la suspensión del derecho a permanecer en bolsas de trabajo para el personal temporal, y quizá habría de haberse pensado si el demérito no debería implicar[47], en determinados supuestos (faltas muy graves, por ejemplo), pérdidas de tramos en la carrera profesional o si la suspensión de funciones no merecía mayor atención. Tampoco se atiende, aportando soluciones innovadoras a la luz de la reciente jurisprudencia europea, a la problemática que puede plantear el principio non bis in idem[48].

Otro punto de interés es la definición de qué conductas son calificadas de faltas muy graves, graves y leves comenzando por una previa de rango doctrinal, pero con una gran incidencia. La ley, como hacen otras normas de empleo público recientemente dictadas, se refiere a que las infracciones se materializan únicamente a través de acciones u omisiones (artículo 167), pero nada dice sobre si ello ha de ser a título de dolo o culpa o también cabe que lo sea a título de simple inobservancia siendo que se afirma el principio de culpabilidad y que muchas de las infracciones tipificadas lo pueden ser con este carácter. Igual puede decirse de la problemática que puede plantear en cuanto a la imprudencia, en casos como las infracciones establecidas para el cumplimiento de distintas normativas, el error de prohibición y sus modalidades (vencible o invencible y, en ambos casos, error directo o indirecto) o de las consecuencias que podría acarrear incurrir en uno u otro tipo de error. Lo mismo sucede con la ausencia de mención alguna a la imputabilidad como consecuencia de trastornos de la personalidad o del comportamiento.

Por apuntar algunas infracciones que creo deberían haberse recogido en forma expresa cabe aludir a que no aparece enumerada la "falta de rendimiento" que, al menos desde mi punto de vista, debía haber sido formulada de forma expresa y que pienso no totalmente es sustituible por otros tipos más indeterminados existentes[49]. También podría haberse puesto una mayor atención a la conducta descuidada hacia

[46] Así se contemplaba que sería sancionable, como infracción continuada, *"la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión. La sanción aplicable será únicamente la correspondiente a la infracción más grave cometida"*. Y se establecía que: *"El plazo de prescripción de las faltas comenzará a contarse desde el día en que la falta se hubiera cometido. En el caso de faltas continuadas o permanentes, el plazo comenzará a correr desde que finalizó la conducta infractora"*.

[47] Así acontece, a título de ejemplo, en la norma gallega (artículo 188 d), o en la Ley de Función Pública de Valencia (artículo 174) o en la Ley de Función Pública de Extremadura (artículo 158)

[48] La Ley de Función Pública de Extremadura si atiende dicho extremo ofreciendo una solución alternativa a la hasta ahora existente (artículo 150.2).

[49] A dicha cuestión atiende la Ley de Función Pública de Galicia (artículo 186), la Ley de Empleo Público Vasco (artículo 179 apartado k) o, por citar un último ejemplo, la Ley de Función Pública valenciana (artículo 171.1 apartado h)

la ciudadanía más allá de tipificarlo como conducta leve[50], o el incumplimiento grave y reiterado de eventuales códigos de conducta más allá de su penalización en la evaluación del desempeño. O cuando menos también resulta discutible que ciertas faltas consideradas graves, como el consumo de alcohol o drogas, no tengan una variable como falta muy grave. En fin, y por terminar este apartado, creo que hay algunas infracciones que hoy ya no son posibles, o al menos es muy complicado de cometer, como la presentación extemporánea sin justificación de los partes de comunicación y confirmación de bajas por incapacidad temporal dada la regulación actualmente vigente[51].

Asimismo, y adentrándonos en materia procedimental[52], debemos referirnos a las actuaciones previas del procedimiento disciplinario, verdadero pozo de fondo que evita la caducidad de muchos expedientes de forma irregular[53], y donde la norma se limita a contemplar la existencia de las mismas y renuncia a establecer una somera regulación que evitase tan pernicioso efecto y distinguiese, un elemento de cierta utilidad, las de carácter o no reservado[54] y su debida coordinación con las previsiones específicas existentes en determinadas infracciones (acoso laboral, sexual, etc.). Y ya

[50] Un título específico, como falta grave, puede encontrarse en la Ley de Empleo Público Vasco (artículo 179 apartado b).

[51] En efecto, el Real Decreto 1060/2022, de 27 de diciembre, que modifica el 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros 365 días de su duración establece que, a partir del 1 de abril de 2023, el trabajador ya no tendrá que entregar el parte de baja médica o incapacidad temporal a su empresa, sino que las comunicaciones se harán por vía telemática entre las Administraciones y dicha empresa.

[52] Una interesante regulación en materia procedimental se puede encontrar en la Ley de Función Pública de Valencia (artículos 177 a 181) que atiende a aspectos que aquí se señalan como necesitados de completitud o, con anterioridad, en la norma de empleo público de Galicia (artículos 192 a 196).

[53] Lo que efectivamente ha sido recogido ya por el propio Tribunal Supremo que en sentencia de 4 de noviembre de 2021 (rec.8325/2019) que reconoce que *"la fecha de inicio del cómputo del plazo máximo de resolución en el procedimiento sancionador en materia de contrabando a los efectos de apreciar la existencia o no de caducidad es la de la notificación de la comunicación de inicio del procedimiento y no desde la fecha de las actuaciones previas, excepto que estas se utilicen fraudulentamente para alargar el plazo de seis meses para concluir el procedimiento sancionador, debiéndose entender que la inactividad injustificada y desproporcionada de la Administración desde la finalización de las actuaciones previas al inicio del expediente sancionador, conculca el derecho del interesado a la buena administración en su manifestación de no sufrir dilaciones injustificadas y desproporcionadas, y vicia las posteriores actuaciones llevadas a cabo por conculcar el principio de buena administración"*

[54] Como se ha dicho en ocasiones anteriores borradores previos si contemplaron previsiones a estos efectos y así se contemplaba:

Con anterioridad al inicio del procedimiento, el órgano competente podrá abrir un período de actuaciones previas, que podrá tener carácter reservado, con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento. Estas actuaciones previas no forman parte del expediente disciplinario, aunque deberán incorporarse al mismo mediante diligencia si son resueltas mediante la incoación del oportuno expediente.

Las actuaciones previas se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros.

en materia procedimental hubiera sido también de interés una regulación exhaustiva del Pliego de Cargos y los efectos vinculantes o no que produce éste para la imposición de las sanciones pertinentes, o alguna previsión específica para el procedimiento sumario y abreviado de faltas leves más allá de la audiencia del afectado.

Para finalizar este aspecto cabe decir que creo que, sin negar avances evidentes en la regulación del régimen disciplinario, en aspectos esenciales las cosas básicamente siguen como estaban y en determinados puntos es preciso subrayar que hay una auténtica incompletitud, lo que mucho me temo es un peligro cierto de que obtengamos los mismos resultados que hasta ahora que no resultan, como se sabe, excesivamente halagüeños.

IV. CONCLUSIONES: DE LAS MUSAS AL TEATRO

La observación de la realidad actual en el empleo público andaluz refleja, con carácter general y esperemos que no por mucho tiempo, un panorama necesitado de un replanteamiento y un nuevo impulso (no meramente normativo, aunque también normativo). La gestión de los recursos humanos se realiza prácticamente en ausencia de establecimiento de objetivos o plan alguno, sin evaluación de los resultados, en medio de la ausencia de una política efectiva de recompensa/sanción y sin una política salarial claramente definida, con una utilización de la formación en que prácticamente sólo se tienen en cuenta los intereses de desarrollo personal de los miembros de la organización, con un importante déficit en los mecanismos de racionalización y reasignación de efectivos en la que hasta la crisis económica solo se había operado con una lógica incrementalista en recursos, retribuciones, puestos de trabajo, etc.

En cualquier caso, lo cierto es, sin embargo, que una gran parte de los debates que a veces se dan en el empleo público, y que en alguna medida podrían calificarse de salón sin restar importancia a los mismos ni a su repercusión en las políticas concretas, tienen poco que ver con las preocupaciones de la ciudadanía que, en la actualidad más que nunca y creo no exagerar, tiene una percepción de falta de atención por parte de las Administraciones públicas (tramitación electrónica, cita previa, etc.).

Las actuaciones previas serán realizadas por aquellos órganos que tengan atribuidas funciones de investigación, averiguación e inspección en la materia y, en defecto de éstos, por la persona u órgano administrativo que se determine por el órgano competente para la iniciación o resolución del procedimiento y no podrán tener una duración superior a tres meses desde su iniciación.

Las actuaciones previas, con carácter reservado, facultan al órgano investigador para no dar, si así lo estima, intervención alguna al investigado, con objeto de no frustrar el esclarecimiento de los hechos que pudieran alcanzar relevancia sancionadora o disciplinaria y la determinación en su caso de los posibles responsables en los supuestos de infracciones graves o muy graves, sin perjuicio de lo previsto en aquellos protocolos específicos que para los supuestos de acoso laboral, acoso sexual o acoso por razón de sexo se hayan establecido por cada Administración.

Tengo para mí que donde verdaderamente nos la jugamos en esta hornada de normas de empleo público que se están dictando, al menos desde este punto de vista, es en el efectivo funcionamiento de los sistemas de incentivos, en positivo y en negativo, existentes en las normas que rigen nuestra burocracia pública. Siendo consciente de que el resto de los aspectos abordados en una norma de empleo pública resultan relevantes y que, inclusive, son determinantes para éste, son los incentivos a los que nos hemos referido en este trabajo seguramente el que mayor poder de transformación tiene en el día a día de lo que perciben los ciudadanos. No sin advertir de que hay distintos tipos de incentivos, entre ellos los que se han analizado aquí, que dejan al margen otros que, como la carrera profesional, tienen un importante papel motivador pero que, sin embargo, y por razones sistemáticas se han analizado en otro trabajo de este número especial.

Pues bien, y refiriéndonos al sistema salarial y al régimen disciplinario, conviene no engañarse a estas alturas. A pesar de su existencia, y al menos desde 1984, ni uno ni otro han funcionado de forma efectiva en nuestras Administraciones públicas. Tampoco, con carácter general, en las Administraciones públicas de Andalucía. Era, sin duda, un buen momento para que esta Ley pusiera las bases en orden a su funcionamiento efectivo en el que, de nuevo, es preciso recordar que los elementos normativos son esenciales, pero no son el único factor que determinará el éxito o el fracaso del sistema de incentivos.

Desde este punto de vista, y junto a felicitarnos por las mejoras y respuestas que el texto de la Ley ofrece a las cuestiones planteadas y que establecen un terreno de juego que permite avances decisivos en lo que se refiere a la motivación de los empleados públicos, no es menos cierto que, desde el punto de vista normativo, s**í** que se han podido señalar distintas alternativas a la regulación efectuada y algunas propuestas que debieran ser tenidas en cuenta si algún día se acomete una reforma de esta norma que, aún y a pesar de ello reiterémoslo, puede ser un factor de reforma de nuestro empleo público de enorme envergadura. Esperemos que así sea.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ALMEIDA CERREDA, M. (2010). La evaluación del desempeño de los empleados públicos. En particular, el establecimiento de sistemas de evaluación de desempeño en las Administraciones locales. Anuario de Derecho Municipal, 3, 115-158. Disponible en http://hdl.handle.net/10486/664322

ARROYO YANES, L. M. (2012). La carrera profesional y la evaluación del desempeño de los funcionarios públicos. Revista catalana de dret públic, 45, 94-128. http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/104

AAVV *Continuidad versus transformación: ¿qué función pública necesita España?* (Coord. Josefa Cantero Domínguez), INAP, Madrid, 2021

CÁMARA MAS, R. (2023), La evaluación del desempeño de los empleados públicos

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. 2023, (19), 214-233 Disponible en DOI: https://doi.org/10.24965/reala.11090

CÁMARA DEL PORTILLO, D.: Régimen disciplinario de los empleados públicos, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008;

CASTILLO BLANCO, F.A. (1992), Función Pública y poder disciplinario del Estado, Editorial Civitas, Madrid.

CASTILLO BLANCO, F. A., "Luces y sombras del complemento de productividad: ¿Un concepto retributivo inaplicado?", *Justicia Administrativa*, nº 8, 2000,

CASTILLO BLANCO, F. A. *El sistema retributivo en la función pública española*, Marcial Pons, Madrid, 2002

CASTILLO BLANCO, F. A. (2021). "Un sistema de empleo público distópico: ¿sería preciso reformar el EBEP?". *Documentación Administrativa*, (7), 8–32.

CATALÁ, R. Y CORTES, O. (2020). O. *Talento público para una Administración tras el corona schok. Propuestas para una reforma ineludible* EsadeGov- PwC, 2020.

JIMÉNEZ ASENSIO, R.; CASTILLO BLANCO, F. A. (2009), *Informe sobre el empleo público local. Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local.*

DELGADO PADIAL, A.: "Motivación y satisfacción laboral en la Administración pública", en el volumen colectivo Los recursos humanos en el sector público, Madrid, 1995.

GORRITI BONTIGUI, M. (2012). La evaluación del desempeño en las administraciones públicas españolas. En J. Fuentetaja Pastor y J. Cantero Martínez (dirs.), Crisis económica y función pública (pp. 259-281). Aranzadi

Instituto Nacional de Administración Pública – INAP (2005). Informe de la Comisión de expertos para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público. INAP.

LAFUENTE BENACHES, M. (1996), El régimen disciplinario de los funcionarios públicos de la Administración del Estado, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.

LINDE PANIAGUA, E. (2008). La evaluación del desempeño de los empleados en el Estatuto Básico del Empleado Público. En E. Linde Paniagua (dir.), El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo por el Estado y las Comunidades Autónomas, (pp. 179-201). Colex.

LONGO, F. (2005), Evaluación y gestión del rendimiento laboral en las Administraciones públicas, Presupuesto y Gasto Público, nº 41.

LOSADA, C., ALBAREDA, A. FÉREZ, M. Y LONGO, F. (2017)., *El empleo público en España: Desafíos para un Estado Democrático más eficaz"*, IEE, 2017.

LOSADA, C. (2017), Aproximación a un diagnóstico y sugerencias de mejora del empleo público en España, *Revista Vasca de Gestión de Personas y organizaciones públicas*, nº 13, 8-25.

MANZANA LAGUARDA, R. S.: Responsabilidad disciplinaria de los empleados públicos, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008;

MARINA JALVO, B. 2015), El régimen disciplinario de los funcionarios públicos, Aranzadi, Navarra.

Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (2013). Informe de la Comisión de Coordinación del Empleo público. Grupo de Trabajo: evaluación del desempeño. Conclusiones. Recuperado de http://femp.femp.es/files/566-1503-archivo/Conclusiones%20Grupo%20de%20Trabajo%20Evaluaci%C3 %B3n%20del%20desempe%C3 %B1o.pdf

Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (2015). Modelo de Evaluación del Desempeño en el marco de la planificación de objetivos y estratégica en las administraciones públicas. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Recuperado de https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:1515e815-105a-4f52-9e5a-75d107366c8b/ModeloEvaluacion20072015-IEF.pdf

NOGUER PORTERO, M. C. (2008). La evaluación del desempeño. En S. Rey Guanter (dir.), Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público. La Ley.

OCDE (2017), *Skills for a High Performing Civil Service* (recuperado de https://read.oecd-ilibrary.org/governance/skills-for-a-high-performing-civil-service_9789264280724-en#page1)

OCDE (2020). From transactional to strategic: Systems approaches to public service challenges.(recuperado de https://www.oecd.org/media/oecdorg/satellite-sites/opsi/contents/images/h2020_systemsthinking-fin.pdf

PADILLA RUIZ, R. (2017). Gestión del empleo público: la evaluación del desempeño en la mejora de la eficiencia administrativa. J. M. Bosch Editor.

RASTROLLO SUÁREZ, J. (2018). Evaluación del desempeño en la administración: hacia un cambio de paradigma en el sistema español de empleo público. Tirant lo Blanch.

SÁNCHEZ MORÓN, M. (2012) La administración tras la crisis: el empleo público. SUMAS 2012, Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, 1-12.

TRAYTER JIMÉNEZ, J.M. (1992), Manual de Derecho Disciplinario de los Funcionarios Públicos, Marcial Pons.

VELASCO CABALLERO, F. (2019), "Reformas de la Administración pública: fenomenología, vectores de cambio y función directiva del Derecho administrativo", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 23, 107-143.

El sistema de negociación colectiva y de resolución de conflictos

Joan Mauri Majós
Profesor de Derecho administrativo
Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS PRINCIPIOS DE LA NEGOCIACIÓN. III. LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN. IV. LAS MATERIAS OBJETO DE NEGOCIACIÓN. V. VIGENCIA Y APLICACIÓN DE LOS PACTOS Y ACUERDOS COLECTIVOS. VI. LOS MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS. VII. CONCLUSIONES.

RESUMEN: Se analizan los principales apartados de la nueva legislación de función pública de Andalucía en materia de relaciones colectivas prestando una especial atención a los principios, la estructura y las materias objeto de negociación, a la vigencia y aplicación de los instrumentos colectivos y a la articulación de los medios de solución de conflictos.

PALABRAS CLAVES: Representación sindical. Negociación. Acuerdos colectivos. Medios de solución de conflictos.

ABSTRACT: The main sections of the new Andalusian public service legislation on collective relations are analyzed, paying special attention to the principles, the structure and the matters subject to negotiation, the validity and application of the collective instruments and the articulation of the conflict resolution means.

KEYWORDS: Union representation. Negotiation. Collective agreements. Means of conflict resolution.

I. INTRODUCCIÓN

La aprobación de la Ley 5/2023, de 7 de junio, de la Función Pública de Andalucía (en adelante, LFPA) es una buena noticia ya que resulta ser el resultado de un esfuerzo de concertación notable y singular, que ha conseguido obtener la aproba-

ción de los principales grupos parlamentarios y el asentimiento de las organizaciones sindicales más representativas.

Cuestión distinta es que se pueda llegar a acreditar en un futuro próximo su capacidad de transformación en un entramado jurídico consolidado que sigue bebiendo de las estructuras burocráticas clásicas derivadas de la antigua legislación de reforma de la función pública.

En todo caso, lo que corresponde ahora es el estudio institucional del sistema de negociación colectiva y solución de conflictos que se contiene en dicho texto, para lo cual vamos a prestar una especial atención a una serie de aspectos que a nuestro entender resultan transcendentes al efecto como pueden ser los relacionados con los principios propios del proceso convencional, la estructura, el proceso y las materias de negociación, la vigencia de los pactos y acuerdos colectivos y la función de los medios de solución de conflictos en el sistema de relaciones colectivas.

II. LOS PRINCIPIOS DE LA NEGOCIACIÓN

El artículo 84.1 de la LFPA contiene una importante declaración para el ordenamiento jurídico del empleo público. Dicho precepto define lo que se entiende por negociación colectiva en el sistema de función pública de Andalucía advirtiendo que el proceso convencional resulta ser: "el intento de buena fe de llegar a un acuerdo entre la Administración y la representación sindical del personal, velando siempre por la satisfacción del interés general y el buen funcionamiento de los servicios públicos, y con sujeción a los límites económico-financieros y presupuestarios".

Dicha declaración aporta como idea significativa que el reconocimiento a los empleados públicos de una amplia libertad sindical y una capacidad de intervención a través de procesos de negociación en la definición de las reglas de su estatuto ha de coordinarse e interpretarse de modo coherente con una serie de objetivos prioritarios como pueden ser la salvaguarda del interés general, el buen funcionamiento de los servicios públicos y la estabilidad presupuestaria.

Planteado de otra manera, los procesos de negociación en el empleo público cumplen una serie de funciones que han de asegurarse de una forma equilibrada de manera que unas no vayan en detrimento de otras. En este sentido, la negociación colectiva es una opción por un determinado procedimiento de regulación de las condiciones de trabajo fundamentado en su fijación convencional, pero conviene recordar siempre que la adopción de un determinado acuerdo colectivo resulta ser una decisión pública, un verdadero acto de gobierno, que solo puede basarse en una serie de imperativos lógicos consustanciales a la acción de los poderes públicos. De esta manera, la negociación colectiva como proceso y el acuerdo colectivo como resultado

final se nos aparece esencialmente condicionados por una serie de límites internos, como pueden ser la satisfacción del interés general y el aseguramiento del buen funcionamiento de los servicios públicos, y un conjunto de límites externos, de carácter económico-financiero y presupuestario. Eso es lo que se reconoce de una forma clara y expresa en el artículo 84.1 de la LFPA.

El artículo 33.1 del Real decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, TREBEP), dispone que la negociación colectiva de los funcionarios: "estará sujeta a los principios de legalidad, cobertura presupuestaria, obligatoriedad, buena fe negocial, publicidad y transparencia".

Su homónimo autonómico es el artículo 82.1 de la LFPA donde se advierte que la negociación colectiva de condiciones de trabajo del personal que presta servicios en las Administraciones públicas de Andalucía: "estará sujeta a los principios de legalidad, cobertura presupuestaria, obligatoriedad, buena fe negocial, confianza legítima, publicidad, transparencia, mutua lealtad y cooperación".

De una comparación simple entre ambos textos se concluye con facilidad que el legislador andaluz ha introducido dos novedosos principios de la negociación, como pueden ser el de confianza legítima y el de mutua lealtad y cooperación, que a mi entender tienden a dotar de una mayor estabilidad a los acuerdos obtenidos y tendrán un indudable impacto en lo que pudiera ser su interpretación y aplicación.

La aplicación del principio de confianza legítima a la negociación y fundamentalmente a los acuerdos obtenidos a través de un proceso convencional, refuerza el de buena fe negocial pero implica también un reconocimiento explícito de la necesidad de preservar el valor de la seguridad jurídica frente a una acción incontrolada o sin las cautelas suficientes manifestada en ciertos actos del poder público que podrían darse en el proceso de aprobación del acuerdo colectivo, en su interpretación y aplicación o, si se me apura, en el de su modificación o suspensión cuando concurra una causa grave de interés público.

Es este último punto el que ha de merecer nuestro interés. Recordemos al efecto que en nuestra doctrina existe una clara conexión entre el principio de confianza legítima y las situaciones que pueden darse cuando los poderes públicos abusan de su particular posición institucional y de sus prerrogativas[1].

Es más, el instituto de la confianza legítima, que resulta diverso del de buena fe negocial, se ha de caracterizar por una serie de especificaciones propias como pueden ser la producción de una situación de quiebra de la previsibilidad en la ac-

[1] CASTILLO BLANCO, F. A., La protección de confianza en el derecho administrativo, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 255-276.

tuación de los poderes públicos, la colisión entre un interés público consistente en la necesidad de dotarse de una nueva regulación y un interés privado fundado en la necesidad de dotar a la acción pública de un cierto grado de estabilidad y, en el caso de cambios regulatorios, la obligación de prever medidas y tiempos razonables para replantear aquellas situaciones grupales o individuales que eventualmente pudieran quedar afectadas[2].

Los aspectos enunciados han de proyectarse sin duda sobre los institutos de la suspensión o la modificación de los convenios y acuerdos colectivos previstos en el artículo 32.2 y 38.10 del TREBEP, exigiendo una clara y concreta justificación de las causas graves de interés público no predeterminadas legalmente que pudieran amparar dichas modificaciones unilaterales y un análisis del tipo de decisiones a adoptar que han de resultar proporcionadas y, en la medida de lo posible, deberían ir acompañadas de medidas transitorias o compensatorias sin que en ningún caso pudieran afectar a los derechos adquiridos de los empleados públicos.

La aplicación del principio de lealtad y cooperación tiene sin duda otros matices. Dichos criterios parecen extraídos de los sistemas de relación entre estructuras territoriales dotadas de autonomía. El principio de lealtad y mutua cooperación refuerza el de buena fe negocial y el de reciproca confianza de las partes en el cumplimiento de sus obligaciones para desarrollar una negociación exitosa y conseguir un acuerdo responsable y estable. Ello exige que cada parte procure no abusar de su posición valorando y ponderando justamente la del otro y, en la medida de sus posibilidades, prestándose mutuo auxilio en el ejercicio legítimo de sus funciones y responsabilidades, lo que precisa que se faciliten en tiempo y forma toda la información y asistencia posible para sus respectivas actuaciones. En realidad, detrás de la invocación del concepto de lealtad de lo que se trata es de mantener una actitud constructiva y cordial, de carácter cooperativo, en las relaciones de los actores colectivos más allá de la mera cortesía o respeto formal a las reglas de relación dispuestas expresamente por las normas jurídicas, actitud que tiene como fin esencial el buen funcionamiento del sistema de relaciones laborales.

Más allá de esta expresión, el principio de lealtad y cooperación, aun sin llegar al extremo de suponer que todos los conflictos entre las partes se resuelvan siempre por el camino de la negociación, encuentra una aplicación derivada en el reforzamiento del uso de medios de solución de conflictos, lo que supone su priorización sobre otros medios más coactivos sin tener que acudir a medidas de fuerza o de presión o a la intervención judicial[3].

---

[2] CASTILLO BLANCO, F. A. (1998: 307-318).

[3] Sobre el principio de lealtad o fidelidad en las relaciones federales de carácter territorial y sus consecuencias sigue siendo esencial la aportación de ALBERTI ROVIRA, E., Federalismo y cooperación

En todo caso, no estará de más advertir de que los principios mencionados tienen dos derivadas concretas en los siguientes preceptos:

a) El artículo 84.2 de la LFPA, donde se dice que: "La Administración y la representación sindical colaboraran activamente en el proceso negociador, proporcionándose mutuamente la información que sea necesaria para estos fines (…), actuando con lealtad recíproca y procurando soluciones basadas en el consenso y la corresponsabilidad".

b) El artículo 82.3 de la LFPA, en que se manifiesta lo siguiente: "La Administración facilitará los recursos materiales y humanos necesarios para el adecuado funcionamiento de sus Mesas de Negociación".

III. LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN

El artículo 86.2 de la LFPA previene que en la Administración de la Junta de Andalucía existirán una serie de unidades electorales, como pueden ser las siguientes:

a) En el sector del personal funcionario de la Administración General de la Junta de Andalucía se constituirán nueve unidades electorales, a razón de una por cada provincia y otra diferenciada para los servicios centrales de las Consejerías y agencias administrativas y de régimen especial con sede en Sevilla.

b) En el sector del personal docente en los centros públicos no universitarios de Andalucía, una por cada provincia.

c) En el sector del personal al servicio de las instituciones sanitarias del Servicio Andaluz de Salud, una por cada centro directivo sanitario.

d) En el sector del personal de la Administración de Justicia competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía, una por cada provincia.

e) En cada universidad pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía existirán dos unidades electorales para el personal funcionario, una de ellas para el personal funcionarios de los cuerpos docentes e investigadores y la otra para el personal funcionario de administración y servicios.

Aunque resulta preciso distinguir entre unidades electorales y unidades de representación y negociación, a tenor del artículo 39.4 del TREBEP es evidente que entre estos tipos de estructuras corre un estrecho paralelismo, de manera que el establecimiento de determinadas unidades electorales y la constitución de órganos específicos de representación presupone siempre una configuración que resulta conve-

territorial en la República Federal Alemana, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 237-256.

niente adecuar a los ámbitos de negociación constituidos o que se tenga la intención de constituir.

En este sentido no estará de más traer aquí como referencia lo previsto en la disposición adicional duodécima del TREBEP, donde se dispone la constitución de mesas de negociación en ámbitos específicos como pueden ser el del personal docente no universitario para las cuestiones que deben ser objeto de negociación comprendidas en el ámbito del Ministerio con competencias en materia de educación, el del personal de la Administración de Justicia, para las cuestiones que deban ser objeto de negociación comprendidas en el ámbito del Ministerio con competencias en materia de justicia, el del personal estatutario de los servicios de salud para las cuestiones que deban ser objeto de negociación comprendidas en el ámbito del Ministerio con competencias en materia de sanidad que asume las funciones previstas en el artículo 11.4 del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.

En todo caso, en el sistema administrativo de la Junta de Andalucía, a tenor del artículo 83.3 de la LFPA y de lo dispuesto en la normativa estatal de carácter básico, se ha de disponer de una Mesa General de Negociación común del personal funcionario, estatutario y laboral y de una Mesa General de Negociación colectiva del personal funcionario y estatutario.

A partir de aquí las opciones existentes se bifurcan, haciendo posible el establecimiento autónomo de mesas sectoriales derivadas de las correspondientes mesas generales, como puede ser la de personal funcionario o la de personal docente de centros públicos no universitarios, y resultando obligada por imperativo de las correspondientes leyes especiales la constitución heterónoma de determinadas mesas sectoriales como puede ser la del personal al servicio de las instituciones sanitarias públicas de Andalucía o la del personal al servicio de la Administración de Justicia[4].

Cuestión distinta es la posible articulación de mesas de negociación en cada Universidad Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el personal funcionario de los cuerpos docentes e investigadores y para el personal funcionario de administración y servicios.

En principio, no parece que la Junta haya ejercido su competencia para establecer dichas mesas dentro de una estructura negocial propia que se adapte a las características específicas del sistema universitario andaluz, ni parece tampoco que dichas instancias puedan constituirse por una decisión de las mesas de negociación generales que se citan en el artículo 83 de la LFPA.

[4] MARÍN ALONSO, I., "La estructura de la negociación colectiva en la Administración Pública de Andalucía", Temas Laborales, Vol. II, núm. 100 (2009), p. 722-728.

Lo más adecuado a nuestro juicio sería remitir esta cuestión a la propia autonomía de las universidades reconocida en el artículo 3 de la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario (en adelante, LSU), y más concretamente a lo que se pudiera disponer en sus respectivos estatutos. De hecho, el artículo 68 de la LSU dispone que: "El profesorado universitario se regirá por las bases establecidas en esta ley orgánica y en su normativa de desarrollo, por las disposiciones que, en virtud de sus competencias, dicten las Comunidades Autónomas, por la legislación general de función pública que le sea de aplicación y por los estatutos de su universidad". De igual manera, el artículo 89.3 de la LSU, además de reconocer el valor de los pactos, acuerdos y convenios colectivos como fuentes reguladoras del estatuto jurídico de su personal, junto a lo dispuesto en esta ley orgánica y en el estatuto básico del empleado público, señala explícitamente que, asimismo, dicho personal se regirá por lo dispuesto en los estatutos de las universidades.

Para terminar este apartado conviene llamar la atención sobre los criterios de coordinación establecidos entre los distintos ámbitos de la estructura de la negociación colectiva en la Junta de Andalucía.

El artículo 83.3 de la LFPA contiene el de primacía de las Mesas Generales de Negociación sobre las Sectoriales y el de complementariedad entre estas unidades convencionales, afirmando que la competencia de las Sectoriales se extiende a los temas que no hayan sido objeto de decisión por parte de las Generales o a los que estas explícitamente les reenvíen o deleguen. Ninguna novedad hay en esta redacción que sigue las pautas que en su día se sentaron en el Acuerdo Administración-Sindicatos para modernizar la Administración y mejorar las condiciones de trabajo de noviembre de 1991 y que se trasladaron al artículo 34.5 del TREBEP.

Más original resulta ser el criterio de exclusividad que se intenta afirmar en el artículo 85.2 de la LFPA, donde el problema que se intenta resolver es totalmente diferente y trae causa de la conflictividad existente entre Mesas Generales de Negociación de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral y Mesas Generales de Negociación del personal funcionario de cada Administración pública.

Aquí la regla de relación es relativamente simple: cada materia será objeto de negociación en único órgano en función de los colectivos a los que afecte de forma exclusiva. Con todo, no parece que esta sea una norma fácil de implementar ya que la exclusividad en el tratamiento de una materia o de una condición de trabajo va a depender de que dicha materia o condición previamente se identifique como común o específica de un determinado régimen jurídico, tal como la propia Junta de

Andalucía ha tenido ocasión de comprobar a la luz de lo dispuesto en algunos de los últimos pronunciamientos de nuestros tribunales de justicia[5].

Como ya hemos dicho en otra parte[6], la denominada Mesa de Negociación sobre condiciones de trabajo comunes regulada como un ámbito de negociación de constitución obligatoria y superpuesta a la Mesa de Negociación de las condiciones de trabajo del personal funcionario y a la comisión negociadora del personal laboral, constituida en base a una legitimación integrativa que exige una representación acumulada pero separada en el ámbito del personal funcionario y laboral que dificulta la participación de aquellas organizaciones sindicales que no son más representativas o que no ostentan representación en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas prevista en el artículo 36.1 del TREBEP, es un semillero constante de problemas. El problema es sencillo. La falta de representación de determinadas organizaciones sindicales en el ámbito de negociación común se acaba desplazando a la discusión de lo que es común para conseguir que el tratamiento de una determinada condición de trabajo sea objeto de negociación en aquellas sedes convencionales en las que están presentes dichas organizaciones.

Por lo tanto, lo "común", como concepto técnico, es manifiestamente discutible por su falta de precisión, resultando discutido porque en ello va lo que es propio del ejercicio natural del derecho de representación: la posibilidad de tratar las condiciones de trabajo de los representados. De ahí que no nos parezca que una expresa manifestación legal, que sin duda es bien intencionada, pueda contener una dinámica que debería ser tratada desde otras perspectivas.

IV. LAS MATERIAS OBJETO DE NEGOCIACIÓN

Las materias que han de ser objeto de negociación se establecen en el artículo 37 del TREBEP, según una serie de criterios y un sistema de listas. Los criterios generales son los de alcance que legalmente proceda en cada caso, competencia de cada Administración pública y ámbito respectivo. El sistema de listas establece una serie de materias que deben ser objeto de trato convencional y una relación de materias que han de quedar excluidas obligatoriamente de la negociación. El modelo es de doble condicionamiento: criterios y listas. Es decir, deben ser objeto de negociación las materias incluidas en la lista de las que se puede tratar, dicha negociación se hará con el alcance legal que proceda en cada caso, en el marco siempre de las competen-

[5] STS, Sala de lo Contencioso, de 15 de diciembre de 2022, rec. 2868/2021; STSJ de Andalucía, Granada, Sala de lo Contencioso, de 19 de enero de 2023, rec. 86/2023.

[6] MAURI MAJÓS, J., Libertad sindical y negociación colectiva. Peculiaridades de su ejercicio en el estatuto del personal funcionario, CEMICAL, Diputación de Barcelona, Barcelona, 2021, p. 117-131.

cias detentadas por cada Administración pública y en el ámbito específico o mesa de negociación correspondiente.

Un rápido repaso a las condiciones de trabajo que han de ser objeto de determinación convencional nos permite afirmar que las mismas se describen desde la doble perspectiva de considerar la función y la materia. Desde la lógica funcional el TREBEP se refiere a la "aplicación", "la determinación y aplicación", a "Las normas que fijen criterios generales" o a "Las normas que fijen criterios y mecanismos generales", a "la normativa", a los "criterios generales", a los "planes y fondos" a los "criterios generales sobre la planificación estratégica", a los "planes" o a las "propuestas", incluyendo sin ningún tipo de condicionante funcional las referidas a determinadas acciones concretas como pueden ser el "calendario laboral, horarios, jornada, vacaciones, permisos y movilidad funcional y geográfica".

Si nos detenemos en el contenido del citado artículo 37.1 del TREBEP, se concluye rápidamente que el objeto de la negociación son esencialmente las funciones de planificación y reglamentación de las condiciones de trabajo, mientras que la función que podríamos denominar aplicativa, es decir, meramente ejecutiva, solo se constituiría como objeto de la negociación en un ámbito estrecho en el que se incluiría la determinación concreta de las retribuciones complementarias, el tiempo de trabajo y la movilidad.

Desde un punto de vista material lo que ha de ser objeto de negociación son las condiciones de trabajo, más concretamente, una serie de condiciones de trabajo que por naturaleza se han de considerar colectivas por afectar a una generalidad o a un grupo amplío de personal funcionario. Dichas condiciones de trabajo, a la vista del artículo 37.1 del TREBEP, se remiten a una serie de ámbitos materiales que de manera muy resumida, pueden referirse a las retribuciones, carrera y promoción profesional, derechos colectivos, tiempo de trabajo, acceso, planificación y ordenación de la actividad profesional, acción social y prevención de riesgos laborales. Ciertamente se trata de una parte importante del estatuto pero en dicho ámbito no se incluyen espacios sustanciales propios del régimen jurídico de los funcionarios cuya fijación ha de quedar al margen del proceso de negociación colectiva. Dicho en pocas palabras: el ámbito de la negociación colectiva no recubre por entero el estatuto de los funcionarios públicos. Aquí hay que recordar la extensa jurisprudencia que nos advierte que no se puede dar al concepto condiciones de trabajo una interpretación extensiva que lo haga coincidir con el estatuto funcionarial íntegramente entendido[7].Sencillamente, todo no puede ser objeto de negociación, aunque haya voluntad para ello[8].

[7] STS, Sala de lo Contencioso, de 1 de febrero de 1995, rec. 835/1995, de 13 de octubre de 2006, rec. 137/2003 y de 6 de febrero de 2007, rec. 639/2002.

[8] Un desarrollo más extenso de esta cuestión en MAURI MAJÓS, J. (2022:97-117).

En la comunidad autónoma, el artículo 85 de la LFPA, reproduce parcialmente el esquema que hemos enunciado al formular los criterios de competencia y ámbito, procediendo a establecer una serie de materias que han de ser objeto de negociación en relación con el personal funcionario, que resultan básicamente coincidentes con las que se establecen en el artículo 37.1 del TREBEP.

A simple vista se puede reparar que en el precepto citado se omite el criterio de alcance legal, sin que ello haya de suponer ninguna consecuencia, ya que dicho criterio deberá ser objeto de obligada consideración por imperativo del principio de jerarquía normativa y por así disponerlo la norma básica.

También es fácil advertir que no se ha incorporado a la norma autonómica el listado de materias que han de quedar excluidas del trato negocial, lo que rompe la sistemática del modelo estatal fundamentado en un sistema de doble lista de funciones y materias que han de ser objeto de negociación y han de quedar excluida de ella. En todo caso, la obligada observancia de la legislación básica nos permite concluir que el procedimiento de negociación colectiva no puede proyectarse sobre derechos de terceros no representados por las organizaciones sindicales, como pueden ser los derechos de los ciudadanos, de los usuarios de los servicios públicos, de los directivos profesionales y de los candidatos en los procedimientos selectivos o sobre el ejercicio de las potestades de organización, dirección y control que resultan ser verdaderas facultades públicas.

Aparte de lo dicho hasta el momento, la omisión de las funciones y materias que han de ser objeto de negociación tiene una consecuencia no menor que puede volverse problemática. Aquí hay que tener en cuenta que la cláusula a) del artículo 37.2 del TREBEP, se nos aparece dotada de un significado ambivalente, ya que, por un lado, excluye de la negociación las decisiones de las Administraciones públicas que afecten a sus potestades de organización, pero por otro, introduce en el ámbito de lo negociable las consecuencias de las decisiones de las Administraciones públicas que, afectando a sus potestades de organización, tengan repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos

El esquema previsto en el norma básica estatal sobre el objeto de la negociación, se puede alterar también de una forma general sino se interpreta en sus justos términos lo señalado en la disposición adicional trigésima octava de la LFPA, cuando enuncia que: "Sin perjuicio de las competencias reglamentarias del Consejo de Gobierno, los órganos dependientes del mismo remitirán a la Mesa General de Negociación y, en su caso, a las Mesas Sectoriales, con carácter previo, las propuestas de desarrollo reglamentario de la presente ley, en las materias propias y susceptibles de negociación entre la Administración y las citadas Mesas de Negociación".

Precisamente, esa interpretación armónica de lo que parece ser una llamada general a la negociación colectiva del desarrollo reglamentario de la ley deberá matizarse con el sistema de listas, es decir, aquello que ha de ser objeto de negociación es única y exclusivamente las funciones y materias que se pueden negociar de las que se pudieran incorporar al correspondiente desarrollo reglamentario, ya que existe un extenso ámbito de materias, como son las relativas a los deberes y responsabilidades del personal funcionario, el régimen disciplinario, el sistema de incompatibilidades, las estructuras profesionales o a las situaciones administrativas que no han de ser objeto de negociación, ya que, como se ha dicho más arriba, lo que se negocia son las condiciones de trabajo y no el entero régimen del personal funcionario de la Junta de Andalucía.

Con todo, lo cierto es que la ley andaluza es pródiga en llamamientos a la negociación, inclusive en algunas materias que por imperativo legal deberían quedar al margen de lo convencional[9].

Dichas remisiones al procedimiento negocial cobran una especial relevancia en determinados ámbitos como pueden ser los relacionados con la carrera horizontal y la evaluación del desempeño o con determinadas condiciones de trabajo relativas al tiempo de trabajo o a las retribuciones complementarias.

De hecho, parece que en determinados ámbitos existe una verdadera confusión entre la función que corresponde a los órganos de gobierno de la Administración de la Junta de Andalucía y a la representación sindical, lo que pudiera llevar a una verdadera compartición de la responsabilidad normativa a niveles ejecutivos, muy alejada de lo que pudiera ser un nivel participativo, que resultaría de difícil encaje en el modelo contenido por la norma básica estatal.

Es más, si se observan las llamadas a la negociación que surgen en determinados preceptos, advertiremos que no se establece un verdadero sistema de relaciones normativas entre la ley y el acuerdo colectivo del que pudieran surgir una serie de relaciones propias como pueden ser las de complementariedad, suplementariedad o supletoriedad. Nada de eso existe en los preceptos de la ley. Lo que hay, dicho lisa y llanamente, es una reserva al procedimiento de negociación para el establecimiento de determinadas condiciones de trabajo cuya regulación se considera particularmente conflictiva o no resuelta. Es decir, lo que hay es una reserva de procedimiento y no una seria consideración de hasta dónde debería llegar la norma de derecho objetivo y dónde debería ubicarse la norma colectiva para garantizar una interacción permanente y positiva de carácter funcional que contribuyera a la mejora del sistema de fijación de las condiciones de trabajo, procurando su adaptación a realidades con-

[9] Tal como sucede con la llamada a la negociación prevista en el artículo 44 de la LFPA, dentro del capítulo que la norma dedica al tratamiento del régimen de incompatibilidades.

cretas propias de un determinado sector o de una determinada organización en el marco de un ámbito temporal previamente definido.

V. VIGENCIA Y APLICACIÓN DE LOS PACTOS Y ACUERDOS COLECTIVOS

El artículo 84.5 de la LFPA, dispone que: "En el supuesto de que no se produzca acuerdo en la negociación o en la renegociación, y una vez agotados, en su caso, los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, corresponderá a los órganos de gobierno de las Administraciones públicas establecer las condiciones de trabajo del personal funcionario, con las excepciones de prórroga de pacto o acuerdo y vigencia del pacto o acuerdo objeto de negociación".

De esta manera los institutos de la prórroga convencional y de la ultraactividad operan como moduladores de los efectos de la cesación de la vigencia de los acuerdos colectivos y pueden llegar a impedir la recuperación de la unilateralidad en el supuesto de que no se produzca acuerdo en la negociación o en la renegociación expresa enunciada en el artículo 38.7 del TREBEP.

Expliquémonos. La forma ordinaria de extinción de un acuerdo colectivo es la finalización de su período de vigencia y, si es el caso, su sustitución por otro instrumento pactado. De hecho, el artículo 38.13 del TREBEP, prevé la aplicabilidad del principio de modernidad en la sucesión en el tiempo de las normas convencionales y su efecto propio: la derogación del acuerdo procedente en su integridad, excepto, claro está, de aquellos aspectos que se pretenda mantener expresamente.

El artículo 38.4 del TREBEP nos dice que los acuerdos colectivos han de señalar la forma, plazo de preaviso y condiciones de denuncia de estos. Sin embargo, a menudo la llegada del plazo final de vigencia previsto no determina la extinción de la eficacia de la norma colectiva. La norma básica estatal exige que el fin de la vigencia del acuerdo colectivo venga precedido de la denuncia expresa de una de las partes firmantes del mismo que, si no se produce, salvo acuerdo en contrario, provoca la prórroga automática de año en año de este, tal como establece el artículo 38.11 del TREBEP.

En todo caso, la denuncia del acuerdo colectivo en el momento pertinente en que se agota la duración del correspondiente instrumento convencional supone la extinción de su vigencia por la imposibilidad de recurrir a la prórroga, provocando al mismo tiempo el surgimiento de la obligación de negociar un nuevo acuerdo colectivo.

Sin embargo, la llegada del plazo previsto por las partes y la denuncia del acuerdo puede no suponer necesariamente la finalización de los efectos de un acuerdo colectivo. Precisamente, el artículo 38.12 del TREBEP prevé que la vigencia de los contenidos de los pactos y acuerdos una vez concluida su duración, se producirá en los términos que los mismos hubieren establecido. Es decir, el acuerdo colectivo puede establecer una pervivencia provisional del contenido convencional una vez concluida la duración pactada y sus posibles prórrogas más allá del período temporal inicialmente determinado por las partes. Pero si el acuerdo colectivo no lo establece expresamente, no existe en el derecho básico del empleo público una ultraactividad automática. La existencia de una falta de previsión de la ultraactividad en un acuerdo colectivo implica que este deja de tener efectos una vez finalizada su vigencia o su prórroga legal o pactada.

El cumplimiento del plazo de vigencia y la denuncia expresa de las partes que impide la extensión de sus efectos a través de una prórroga, reactiva la obligación de negociar que, como sabemos, no es una obligación de acordar. Con lo que, cumplido el deber de negociar de buena fe sin posibilidades reales de conseguir un acuerdo se plantea la duda razonable de si la Administración puede recurrir a una regulación unilateral de las condiciones de trabajo que en la práctica pueda interrumpir la ultraactividad de la norma convencional y provocar su sucesión por una regulación unilateral.

En favor de la ultraactividad expresamente pactada se podría alegar lo previsto en el 38.7 del TREBEP cuando señala expresamente que, en el supuesto de que no se produzca acuerdo en la negociación, corresponde al órgano de gobierno establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios con las excepciones que prevén los apartados 11, 12 y 13 del mismo precepto.

De hecho, esta es ahora la posición que se refuerza en el artículo 84.5 de la LFPA, cuando se dice que en el supuesto de que no se produzca acuerdo en la negociación corresponderá a los órganos de gobierno de las distintas Administraciones públicas establecer las condiciones de trabajo del personal funcionario, "con las excepciones de prórroga del pacto o acuerdo y vigencia del pacto o acuerdo".

Sin duda, puede entenderse que en el período de la prórroga se producen los efectos propios de vigencia de un acuerdo colectivo. Pero más dificultades existen para admitir la ultraactividad del acuerdo cuando se ha producido una negociación de buena fe para sustituirlo y no se ha conseguido su renovación por una nueva norma convencional. Dicha posición supondría privar a los órganos de gobierno de la posibilidad de dictar una disposición unilateral acorde con las circunstancias del momento y las necesidades del interés público, lo que implicaría, en último término,

una renuncia al ejercicio de su potestad reglamentaria que resulta muy difícil admitir, ya que las potestades públicas en esencia son irrenunciables.

A nuestro entender, la ultraactividad pactada en un acuerdo colectivo no se puede oponer a la recuperación de las facultades unilaterales de los órganos de gobierno de las distintas Administraciones públicas cuando, cumplida la obligación de negociar y constatada la imposibilidad de llegar a una solución acordada, se quieran establecer las correspondientes condiciones de trabajo, ya que la determinación unilateral de dichas condiciones precedida de un serio intento para convenir, desencadena un efecto asimilable a la perdida de vigencia del acuerdo anterior que se ha intentado renovar.

De hecho, la determinación unilateral de las condiciones de trabajo a través de una disposición general de naturaleza reglamentaria produce el efecto último de sustitución de la norma convenida, sin que pueda pretenderse que cualquier cambio en la regulación de la materia se sujete al respeto a las cláusulas de ultraactividad y sucesión convencional del propio acuerdo, lo que equivaldría a reconocer que el respeto a la obligación de negociar se transforma en una obligación de llegar a acuerdo una vez se ha obtenido una primera norma convencional, con lo que se produciría una indudable mutación de la naturaleza última de la negociación prevista en el estatuto de los funcionarios que, no lo olvidemos, es una obligación de procedimiento pero no es una exigencia de resultado[10].

VI. LOS MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Convendría aclarar desde un primer momento que, sin negar que los procedimientos de solución de conflictos laborales pueden ser fórmulas alternativas al uso de juzgados y tribunales para resolver los posibles contenciosos jurídicos que se puedan producir, dichos procedimientos han de ser considerados esencialmente medios autónomos de solución, cuya característica principal es la de venir establecidos y desarrollados por las propias partes entre las que surge el conflicto a través de un procedimiento equiparable, no al proceso judicial sino al proceso de negociación[11].

De aquí que preferentemente dichos procedimientos se acaben utilizando para la solución de conflictos colectivos y deban distinguirse de otros cuyo ámbito de actuación es más de carácter grupal o individual. Si insistimos en que los procedimientos de solución de conflictos son vistos como métodos relacionados estrechamente

[10] STSJ, Sala de lo Contencioso, del País Vasco de 14 de mayo de 2001, rec. 4909/1998 y de Madrid de 1 de febrero de 2013, rec. 986/2012.

[11] RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., Negociación colectiva y solución de conflictos laborales. Bomarzo, Albacete, 2004, p. 25-28.

con la negociación colectiva, se estará de acuerdo en que dichos esquemas no casan con la forma de operar en los supuestos de carácter individual[12].

Por lo tanto, conviene distinguir entre los sistemas de solución de conflictos de carácter colectivo que regula el artículo 84.5 de la LFPA y los que se plantean en la disposición adicional tercera de la LFPA, cuyo ámbito debería reducirse a los conflictos jurídicos de carácter individual o meramente grupal que se plantearan entre las distintas Administraciones y sus empleados públicos.

Dicho esto, hay que situar correctamente el papel y la función de los medios de solución de conflictos colectivos en el sistema de empleo público.

El artículo 38.7 del TREBEP advierte de que, en el supuesto de que no se llegue a un acuerdo en la negociación, y una vez agotado, en su caso, el recurso a los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, corresponde a los órganos de gobierno de las Administraciones públicas establecer las condiciones de trabajo del personal funcionario. De una forma literal, la norma presupone que la falta de acuerdo en la negociación implica el recurso a los medios de solución "en su caso".

El condicional que introduce la expresión abre el debate sobre el carácter obligatorio o potestativo de la utilización de los medios de solución como paso previo a la recuperación de la unilateralidad por parte del correspondiente órgano de gobierno cuando fracasen las negociaciones entre las partes.

A nuestro entender, la frase "en su caso" introducida en el precepto citado se ha de relacionar con lo señalado en el artículo 45.1 del TREBEP, cuando dispone que, para la resolución de los conflictos derivados de la negociación, las Administraciones públicas y las organizaciones sindicales: "podrán acordar la creación, configuración y desarrollo de sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos".

Una primera lectura de los artículos citados ha llevado a concluir que el recurso a los medios de solución, siempre que se haya acordado previamente establecerlos y utilizarlos, es de naturaleza voluntaria, tal como se puede deducir de la expresión "podrán acordar" utilizada expresamente por el artículo 45.1 del TREBEP[13].

Dicho planteamiento se puede invertir cuando se considera que el carácter potestativo del recurso a los sistemas de solución desaparece cuando existen y se pueden emplear, con lo que la expresión "en su caso" no significa que el procedimiento de solución resulte de uso optativo. Lo potestativo es su existencia misma, es decir, los

[12] RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L. (2004: P. 67).
[13] STSJ, Sala de lo Contencioso, de Madrid de 5 de mayo de 2011, rec. 389/2010.

medios de solución pueden o no existir, pero si existen se han de agotar con carácter previo a la recuperación de la unilateralidad[14].

Los pronunciamientos más recientes precisan que el recurso a los medios de solución exige que estos sistemas se hayan creado, desarrollado y determinado por las partes legitimadas para hacerlo, reconociéndolos expresamente para el futuro y señalando sus límites, requisitos y procedimientos que se deben utilizar. Pero si el sistema se ha creado y las partes se han adherido al mismo, su utilización se convierte en obligatoria antes de una posible recuperación de la unilateralidad por el órgano de gobierno correspondiente[15].

Pues bien, dichos planteamientos parecen superarse en el artículo 88.1 del LFPA, donde se dice que: "En cada ámbito sectorial que corresponda, la Mesa de Negociación podrá acordar que la solución extrajudicial de conflictos de carácter general del personal funcionario o estatutario pueda intentarse en el seno del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía".

Dicho sistema existe y ha sido correctamente configurado como se puede ver en la Resolución de 30 de enero de 2015, de la Dirección General de Relaciones Laborales, por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del Acuerdo interprofesional sobre Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía. Es más, el sistema en cuestión cuenta con una adecuada ordenación de sus procedimientos que se encuentra ínsita en la Resolución de 2 de febrero de 2022, de la Dirección General de Trabajo y Bienestar Laboral, por la que se ordena la inscripción y publicación del Acuerdo interprofesional por el que se aprueba el Reglamento de funcionamiento y procedimiento del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía.

Por lo tanto, el simple acuerdo de adhesión con carácter previo y general de una Mesa de Negociación al Sistema General Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía para resolver las diferencias que puedan surgir en el proceso de negociación y en la obtención de acuerdos, implica que las Administraciones públicas de Andalucía deberán acudir a dicho sistema y agotar los procedimientos que se hayan podido prever al efecto, con carácter previo a la recuperación de la unilateralidad. Cuestión distinta es que posiblemente, para facilitar dichos procesos de adhesión, deba el modelo en cuestión adaptar su regulación autónoma y disposición a las nuevas tareas que le ha encargado el legislador andaluz.

VII. CONCLUSIONES

[14] STSJ, Sala de lo Contencioso del País Vasco, de 3 de mayo de 2011, rec. 203/2009.
[15] STSJ, Sala de lo Contencioso de Cataluña, de 25 de septiembre de 2014, rec. 50/2014.

En este apartado nos ha parecido útil articular una serie de evidencias obtenidas en la exposición realizada que pudieran ser válidas desde la perspectiva de lo que no deja de ser una primera aproximación al análisis de la ley de la forma siguiente:

a) Es evidente que una de las principales fortalezas de la nueva de la ley es el consenso logrado, pero también resulta patente que dicho acuerdo redunda en una pérdida de sistemática y coherencia interna que se advierte fundamentalmente en algunos capítulos de la norma.

b) Resulta un acierto que el nuevo texto legal explicite claramente que los procesos de negociación quedan condicionados por una serie de límites positivos y negativos como pueden ser la salvaguarda del interés general, el buen funcionamiento de los servicios públicos y la aceptación del criterio de sostenibilidad económica y financiera, pero también hay que tener claro que el respeto a dichos límites depende en última instancia de la conducta que en el futuro puedan mantener los diferentes actores del sistema de relaciones laborales.

c) La introducción de los principios de confianza legitima, mutua lealtad y cooperación tiene sin duda una consecuencia práctica que impacta sobre el ejercicio de las potestades administrativas que se pueden hacer presentes en la negociación y en los acuerdos obtenidos cuya administración, interpretación y aplicación va a tener que ejercerse de forma razonada, acudiendo a soluciones proporcionadas y teniendo en cuenta el principio de mínimo impacto posible sobre las expectativas de los empleados públicos.

d) El sistema de relaciones laborales de Andalucía se encamina hacía a la constitución de una estructura negocial fundamentada en una serie de unidades electorales que se acabaran constituyendo en los ámbitos específicos del personal funcionario de la Administración, del personal docente de centros públicos no universitarios, del personal de la Administración de Justicia y del personal de las instituciones sanitarias públicas de Andalucía. La coordinación de dicho sistema con los ámbitos generales se ha querido confiar a un principio de exclusividad negocial cuya funcionalidad está aún por acreditar.

e) Una novedad importante en dicha estructura es la posible introducción de Mesas de Negociación en cada Universidad Pública de Andalucía para el personal funcionario de los cuerpos docentes e investigadores y para el personal funcionario de administración y servicios en base a las unidades electorales que dicha norma prevé establecer en dichas instituciones. En todo caso, las mencionadas mesas que la ley no establece y que no pueden crearse autónomamente, deberían definirse a nuestro parecer en los estatutos de cada una de dichas Universidades.

f) La legislación de función pública de Andalucía no puede desconocer los criterios, las funciones y las materias que la legislación básica utiliza para especificar los ámbitos posibles de negociación que resultan plenamente vigentes y operativos, sin que puedan considerarse válidas determinadas llamadas a la negociación que distorsionan el esquema general establecido, lo fragmentan y lo hacen difícilmente reconocible.

g) A pesar de lo que parece insinuar la norma básica estatal y concretar la legislación de desarrollo andaluza, la ultraactividad pactada en un acuerdo colectivo no puede oponerse a la recuperación de la unilateralidad por parte de los órganos de gobierno cuando, cumplida la obligación de negociar de buena fe y constatada la situación de bloqueo, se quieran establecer las correspondientes condiciones de trabajo, ya que la determinación unilateral de dichas condiciones desencadena un efecto similar a la perdida de vigencia del acuerdo que se ha intentado renovar.

h) El reconocimiento explícito del Sistema General Extrajudicial de Resolución de conflictos laborales de Andalucía como un medio de solución de conflictos colectivos válido que la ley establece y la existencia de un acuerdo de adhesión de la correspondiente Mesa de Negociación implica que las Administraciones de Andalucía, antes de acudir a la regulación unilateral de las condiciones de trabajo, en los casos de fracaso o bloqueo de la negociación, deberán agotar los procedimientos de solución que se hayan podido incorporar al efecto.

www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica