

Los criterios de la Administración General del Estado sobre los procesos de funcionarización en las corporaciones locales: ¿un cambio radical de modelo?.

[BIB 2013\14951](#)

Xavier Boltaina Bosch.

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. Gerente de la Diputación Provincial de Barcelona

Publicación: La Administración Práctica num.10/2013 parte Doctrinal

Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2013.

1 . Introducción

Hemos tenido ocasión en la última década de tratar en diversas monografías y artículos jurídicos, también en *La Administración Práctica*, sobre los denominados «procesos de funcionarización» del personal laboral de las Corporaciones locales. Para el lector interesado nos podemos remitir a nuestra monografía del 2005¹—que no ha perdido en su esencia vigencia, con la salvedad del debate que expondremos en el presente comentario que tiene el lector en sus manos- y a diversos artículos disponibles en red² o al publicado en el 2010 en LAP³ donde se desarrolla tal institución jurídica.

¹ Xavier Boltaina Bosch: «La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas españolas. Régimen jurídico del procedimiento selectivo restringido». Cedecs Editorial. 2005. Esta monografía es la publicación en formato resumido de mi tesis doctoral sobre los procesos de funcionarización, disponible en red (boltainabx@diba.cat).

² En CEMCI, Xavier Boltaina:Revista on-line CEMCI, 2012 (enero-marzo).

³ *La funcionarización del personal laboral después del Estatuto Básico del Empleado Público: puntos críticos de la Disposición Transitoria 2ª*. Xavier Boltaina Bosch. La administración práctica: enciclopedia de administración municipal, núm.6/2010, págs. 588-594

La voluntad del presente artículo es plantear el proceso de funcionarización a la luz de los criterios que la Administración del Estado está aplicando para impugnar algunas convocatorias que en los últimos dos años están llevando a cabo las Administraciones locales y plantear los ejes de esta situación jurídica conflictiva y la crítica a los mismos.

2 . La funcionarización como proceso selectivo

En todo caso, y sin ánimo de exhaustividad, indicaremos que la funcionarización, como tal proceso selectivo *ad hoc*, es hija del primer texto de la Ley 30/1984 de 2 de agosto de medidas para la reforma de la función pública, que instituyó un precepto (art.15.1) en virtud del cual debían ser las «relaciones de puestos de trabajo» (RPT) la que indicaran expresamente que puestos de trabajo debían ser cubiertos por personal funcionario.

Se abrió así la cancela que daba al camino de una intensa laboralización de nuestras Administraciones, pues ya no era la Ley la que fijaba una reserva para puestos funcionariales, sino que correspondía a cada entidad pública (en nuestro caso, Administración local), la que a través de su RPT indicaría qué puestos podían ser cubiertos por cada colectivo, laborales o funcionarios, no siendo pocas las RPT que a partir de ese momento permitieron la cobertura de puestos a unos y otros indistintamente (lo que algún sector de la doctrina teórica denominó «puestos siameses») o bien optaron, sobre todo en el mundo local, por una laboralización defendida por razones jurídicas, políticas o por criterios de gestión, en algunos casos razonables y en otros bastantes etéreos o que han derivado en incorrecto o simplemente falsos.

Mayor flexibilidad para el despido, movilidad de todo tipo, facilidad para incorporar personal de manera más ágil frente al burocratizado sistema funcionarial, mayores posibilidades de negociación colectiva, supuesta mayor eficacia y eficiencia del personal bajo contrato, posibilidades de subrogación por la externalización de servicios, rapidez de la jurisdicción social frente a la lentitud de la contencioso-administrativa, absoluta ineficacia de los sistemas funcionariales de expulsión del empleo público de los funcionarios incompetentes frente a fórmulas más ágiles del sistema laboral, entre otras afirmaciones ciertas, menos ciertas o absolutamente inocuas.

En todo caso, en esta «trampa» de las presuntas bondades del derecho del trabajo en la Administración Pública –que son muchas, por otro lado, en manos de competentes gestores de recursos humanos, pero que se convierten en bombas de relojería si tal gestor deviene incompetente y aparece en escena el sindicato, el juez o el inspector de trabajo- también incurrió el legislador del 2007, cuando en la Exposición de Motivos del EBEP llegó a afirmar a que pese que el sistema general de empleo público en España es el funcionarial, no podía obviarse las ventajas del contrato de trabajo: *«la flexibilidad que este régimen legal introduce en el empleo público y su mayor proximidad a los criterios de gestión de la empresa privada explican la preferencia por él en determinadas áreas de la Administración»* .

La STC 99/1987 de 11 de junio, esto es, casi tres años más tarde de la promulgación de la Ley 30/1984 de 2 de agosto, declaró inconstitucional ese artículo 15.1 e instituyó que con carácter general, la Constitución del 1978 había optado por un régimen funcionarial y que debía ser una norma con rango de Ley la que instituyeran qué puestos «podían» ser cubiertos por personal laboral. Ello se concretó, para el ámbito estatal, en la Ley 23/1988, que entró en vigor el 30 de julio y que siguió este criterio, fijando que la generalidad de puestos de la Administración General del Estado y de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social serían cubiertos por funcionarios e instituyendo un listado de *numerus clausus* de puestos de posible cobertura por personal laboral, aunque no obligatoriamente.

Esta relación de puestos, concretada en el artículo 15.1.c) ha sido objeto de algunas reformas –incorporando algunos puestos más- pero se ha mantenido vigente para el Estado aún tras el EBEP, ya que no se ha desarrollado en este aspecto el Estatuto Básico, y la jurisprudencia y doctrina judicial ha considerado supletoria para las entidades locales, como también la DT 15ª incorporada a través de la Ley 23/1988, sobre funcionarización⁴.

⁴ El carácter supletorio de la DT 15ª se refleja en la STS de 28-11-1992 y las SSTSJ de Andalucía/Granada de 17-5-1999 y 28-11-1999 y (Sevilla) de 19-11-2002. En cuanto a tal carácter para el artículo 15.1.c) vid. STS de 21-1-1993, reiterado posteriormente por SSTS de 11-2-2007 y 1-9-2007.

A partir de 1984, las Comunidades Autónomas y muy especialmente las Administraciones locales poblaron sus plantillas de personal laboral. Esta laboralización fue muy intensa en todas las entidades locales españolas, pero lo fue y sigue siendo en las pequeñas y medianas, de tal manera que aún hoy, transcurridos ya más de 26 años de la STC 99/1987, el 60 por ciento del personal global de la Administración local española sigue siendo laboral, pese a que durante el periodo 1988-2008, en especial, pero también desde esta última fecha, se han sucedido miles de convocatorias de funcionarización del personal laboral local.

En cuanto a la funcionarización, como institución jurídica para su estudio, nos remitimos en su contenido a nuestro artículo mencionado y publicado en el número 6/2010 de La Administración Práctica o a la documentación on-line que puede consultarse. Nos centraremos en las siguientes líneas en las dificultades derivadas de los nuevos criterios que parece asumir la Administración del Estado ante la funcionarización de las Corporaciones locales y que contradicen lo dicho en el referido ejemplar de LAP 6/2010 y a la práctica habitual de las convocatorias que periódicamente se publican en los boletines oficiales.

3 . El planteamiento de la administración del estado ante los procesos de funcionarización de los entes locales

La Administración General del Estado considera que desde la promulgación del EBEP, los procesos de funcionarización no pueden articularse con el mismo procedimiento y reglas jurídicas

que con anterioridad a su entrada en vigor (13 de mayo de 2007), sino que desde ese momento, y pese a la numerosa jurisprudencia anterior que los avalaba, como procedimiento restringido dirigido *ad hoc* al personal laboral fijo, ese *statu quo* no cuestionado se ha modificado porque «*aún teniendo en cuenta la multiplicidad de sentencias que existen en la materia, es evidente que (...) carece de sentido el diseño de procesos de dudosa legalidad constitucional*»⁵.

⁵ Todas las referencias entrecorilladas lo son al documento tipo o muy similar que las delegaciones y subdelegaciones del gobierno central han enviado a Ayuntamientos o Diputaciones Provinciales cuestionando las convocatorias aprobadas de funcionarización.

Avanzamos que nuestro criterio es absolutamente discrepante al del Estado y defendemos que no ha acontecido un cambio de paradigma, como pretende aquél, para articular procesos de funcionarización de personal laboral. Cuestión distinta es que la DT 2ª del EBEP es un ejemplo de ambigüedad y pésima redacción, en donde no queda claro su finalidad última y si se intuye, la concreta de manera torpe.

Pese a ello, como la cuestión es de absoluto interés para el gestor público, los empleados afectados y los representantes de los trabajadores, desgranaremos los sucesivos planteamientos que efectúa el Estado y a continuación expondremos nuestras razones que nos llevan a oponernos a tales consideraciones jurídicas, y que quizá sean útiles en la defensa de los respectivos contenciosos que puedan plantearse.

4 . Régimen jurídico de la funcionarización del personal laboral

Para el Estado, tres son los preceptos del EBEP que entran en juego en un proceso de funcionarización: el art. 9.2, la DA 2ª y la DT 2ª. Concordamos en este aspecto con tal criterio. En los dos primeros supuestos se fija que puestos deben ser cubiertos forzosamente por personal funcionario y en la DT 2ª se articula el proceso de «funcionarización»⁶.

⁶ Recordemos que el término «funcionarización» no está reconocido por la Academia de la Lengua si bien ha sido asumido coloquial y jurídicamente por los gestores públicos, el legislador y la jurisprudencia. Así nos referiremos nosotros también a lo largo de este artículo.

Sin embargo, para las entidades locales de aquellas Comunidades Autónomas cuya ley de función o empleo público también se aplica a aquéllas, debe integrarse este conjunto normativo con las reglas jurídicas sobre la funcionarización del personal laboral autonómico, en todo aquello que no se oponga al EBEP, como es el caso de Catalunya o la Comunidad Valenciana, entre otras. Igualmente, en este supuesto, así como para aquellas entidades locales a las que no se les aplique la normativa autonómica, debemos recordar que sigue vigente la DT 15 de la Ley 30/1984 de 2 de agosto –que no fue derogada por el EBEP– y que según la jurisprudencia antes citada, pese a no tener carácter básico, puede considerarse supletoria del ordenamiento jurídico local.

5 . Carácter permanente o transitorio del proceso

Para el Estado, el proceso de funcionarización ha dejado de ser un procedimiento transitorio de incorporación a la condición de funcionario para pasar a ser un «*proceso permanente de acceso a la condición de funcionario*». Aún más, no solo «*permanente*» sino también la califica de una «*vía de acceso ordinaria*».

A nuestro juicio, tal criterio es erróneo. En primer lugar, porque como bien hemos indicado tanto en la Ley 30/1984 como más recientemente en el EBEP, tal regulación aparece en una «*disposición transitoria*». Si el procedimiento fuera permanente, se concretaría, en todo caso, en una disposición adicional, en buena técnica legislativa.

El Estado, sin embargo, defiende este carácter de «*vía de acceso ordinario y permanente*», si bien matiza que lo es para todo el personal laboral fijo «*que tenga tal condición con anterioridad al 13 de mayo de 2007*», esto es, la fecha de entrada en vigor del EBEP. Supone por ello que la DT 2ª sólo se aplicará en el futuro a ese personal fijo, y no a otro que posteriormente tenga tal condición. Ello es plenamente coherente con el régimen de la funcionarización ya vigente desde 1988, por lo que aceptamos este planteamiento pese a las dificultades jurídicas que luego señalaremos.

A nuestro juicio, por tanto, sólo puede aceptarse tal planteamiento si tal carácter permanente lo es desde la perspectiva que no hay un momento específico para su concreción, ni un plazo de expiración de la vigencia de la DT

2ª. Sin embargo, a nadie se le escapa que se produce una fuerte desigualdad entre dos colectivos de trabajadores fijos en función de la entrada en vigor del EBEP. Sobre ello nos ceñiremos más adelante.

6 . Ámbito subjetivo del proceso: personal laboral fijo

La DT 2ª del EBEP es especialmente clara, como también lo es la DT 5 de la Ley 30/1984: es una norma dirigida, única y exclusivamente, al personal laboral «fijo» . No se incluye en él ni el personal laboral temporal ni el denominado personal «indefinido» o «indefinido no fijo» .

Respecto a este colectivo, por parte de las organizaciones sindicales se ha pregonado la posibilidad de que participen en los procesos de funcionarización, en base a un pronunciamiento judicial del Tribunal Supremo del año 2007⁷, anterior por lo demás al EBEP.

⁷ STS de 12-2-2007 (RCUD 1234/2002)

A nuestro juicio, ni antes ni después del EBEP el personal indefinido no fijo podía o puede participar en el proceso de funcionarización. La única fórmula que jurisprudencialmente se ha aceptado para que un trabajador indefinido pase a ostentar la condición de laboral fijo o, en su caso, de funcionario de carrera –si el puesto que ocupa es de tal condición- es a través de una convocatoria de libre acceso, a través de la modalidad de oposición o concurso-oposición. Cualquier otra posibilidad ofrecería una ventaja claramente injusta al trabajador indefinido de acceder a la condición de funcionario de carrera en infinitas mejores condiciones que un aspirante ajeno a la Administración incluso en el supuesto que entiende ahora aplicable el Estado, como podremos destacar.

Por ello nos parece importante recordar el Dictamen del Consejo de Estado núm.3740 de 24-1-2002 que descartó la participación de aquellos empleados que no fueran laborales fijos, afirmando que no es posible la funcionarización de cualquier empleado, incluyendo los que tuvieran un vínculo indefinido, por no ser este fijo y no cumplir los requisitos «esenciales» exigibles para adquirir el derecho a funcionarizarse. A ello debe sumarse, y es muy importante en este análisis, que los trabajadores indefinidos carecen del derecho a la promoción profesional, dado su especial status jurídico, de permanencia en el puesto que ocupan hasta su provisión definitiva por los procedimientos reglamentarios o su amortización.

Por lo demás, la DT 2ª se refiere exclusivamente al «personal laboral fijo» y no a otro, máxime cuando el propio EBEP distingue entre personal fijo, indefinido y temporal –aunque tal distinción fue aprobada, en sede parlamentaria, con una finalidad muy distinta y en ningún momento pensando en los indefinidos no fijos⁸-, en su artículo 8. Por consiguiente, creemos que el gestor local no debe aceptar ninguna premisa que pase por incorporar al personal indefinido, y mucho menos el temporal, a los procesos de funcionarización, a riesgo de una impugnación de las bases que a buen seguro sería declarado nulo por la jurisdicción contenciosa.

⁸ La voluntad de legislador fue incorporar en el ámbito de aplicación del Estatuto Básico al profesorado de religión de los centros públicos, tal como se justifica en las enmiendas aceptadas en el trámite del Senado (Vid. enmiendas núm.33 y 35 del grupo parlamentario del PNV. BOCG, Senado, núm.85, de 21-2- 2007) Que la técnica empleada por el legislador –modificación de un precepto y no uso de una disposición adicional- fuese pésima no supone desvirtuar la voluntad del mismo, que era esa y no otra, si bien también puede entenderse la posición defendida por más de un autor que reconociendo la finalidad de la enmienda pero visto el redactado final del precepto, por sus términos genéricos, nada impide englobar dentro de la figura del indefinido a que se refiere el EBEP los supuestos que han dado pie a la construcción jurisprudencial sobre el trabajador indefinido.

7.- Carácter restringido versus carácter. no restringido .

Aquí se centra el eje central del que para nosotros es un cambio radical de modelo -que no compartimos- que anuncia el Estado para los procesos de funcionarización. En esta tesis, la DT 2ª «no contempla el desarrollo de procesos exclusivamente dirigidos a personal laboral fijo» .

Las razones que justifica el Estado para defender esta posición son las siguientes:

la DT 2ª del EBEP indica que el personal laboral fijo que a la entrada en vigor del EBEP desempeñe funciones de personal funcionario o pase a desempeñarlos en virtud de pruebas de selección o promoción convocados con anterioridad al 13-5-2007 podrán seguir desempeñándolos.

Este primer derecho reconocido en la DT, es a nuestro juicio, una garantía que impide la posibilidad del despido del personal laboral fijo por la razón de que ocupe un puesto o desarrolle una función, readscritos a funcionarios, si bien podrán ser despedidos por cualquier otra razón, máxime tras la aprobación de la DA 20ª del Estatuto de los Trabajadores.

el EBEP reconoce un segundo derecho, que a nuestro juicio es el que aquí importa: el derecho a poder «participar en los procesos selectivos de promoción interna convocados (.....) en aquellos Cuerpos y Escalos a los que figuren adscritos las funciones o los puestos que desempeñe» .

Se fija por tanto un derecho de garantía de poder continuar desempeñando el puesto o funciones de funcionario (primer derecho reconocido) y la posibilidad de participar en un proceso selectivo de «funcionarización» (segundo derecho).

el problema –que ya tuvimos ocasión de resaltar tras la aprobación del EBEP- es el uso de la expresión «promoción interna» , que incorpora la DT 2ª del EBEP y que fue incorporada en el trámite parlamentario del Estatuto Básico. Es difícil interpretar este término y por lo demás, casa mal o simplemente, no se cohonesta con lo que hasta el 2007 fueron los procesos de funcionarización. Jamás la funcionarización fue un proceso selectivo de promoción interna, sino un proceso selectivo *ad hoc* , restringido y singular, dirigido a que el personal laboral fijo que ocupaba un puesto adscrito a funcionario, pudiese regularizar su vínculo jurídico, para adaptarlo al puesto y funciones que desarrollaba. Nada más pretendió el legislador y nada más, también, aceptó el Tribunal Supremo.

Esto es, la funcionarización, sólo desde una perspectiva muy amplia del término «promoción» podía ser considera como tal, si bien algún pronunciamiento ya añejo –de la sala social de la Audiencia Nacional- entendía que el pase de laboral a funcionario suponía *per se* una promoción, por las mejores perspectivas que se ofrecían al empleado público afectado en cuanto a carrera profesional futura.

La inserción del término «promoción interna» en el EBEP complica la inteligencia de la DT y ante ello, el Estado ha optado por una interpretación que elevada a la categoría de piedra angular de todo el edificio.

Para el Estado «la citada Disposición Transitoria no contempla el desarrollo de procesos exclusivamente dirigidos a personal laboral fijo, sino que lo articula a través de la totalidad de los procesos selectivos de promoción interna dirigida a la cobertura de plazas reservadas a funcionarios» . Este criterio, además, parece haber sido asumido también por los servicios jurídicos de algunas organizaciones sindicales⁹ .

de la anterior afirmación puede colegirse una consecuencia trascendental: la funcionarización, para el Estado, ha dejado de ser un proceso restringido.

⁹ En este sentido, Informe del Gabinete de Estudios Jurídicos de CCOO (Albacete) de 12-6-2013, que afirma que «conforme al EBEP la participación se debe abrir a todo el personal de plantilla (funcionarios de carrera y laborales fijos) que cumpla los requisitos del puesto (titulación, etc..) y no solo a determinado personal laboral fijo, por lo que no es segura la validez del proceso de funcionarización limitado única y exclusivamente al personal laboral fijo» .En el mismo sentido se pronuncia la actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en el expediente 12/6067 dirigida a Ayuntamiento de El Ejido (Almería), al indicar que en un proceso de funcionarización del personal laboral no hay soporte jurídico legal para el carácter restringido.

Hasta el momento presente, la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional venían avalando la funcionarización como tal proceso restringido, por darse una finalidad constitucionalmente tutelable: la necesidad de adaptar el vínculo jurídico del trabajador fijo afectado a las funciones o puestos de carácter funcional, evitando así su despido –y la carga económica resultante por la indemnización y la pérdida de eficacia de los servicios públicos al prescindir de personal con experiencia- y permitiendo su mantenimiento en el ámbito del empleo

público.

Si el Estado considera que tal «*promoción interna*» rompe el esquema anterior, y esa voluntad se manifiesta de manera muy clara en los escritos de aviso de impugnación que han recibido algunas Corporaciones locales, ya no es un proceso *ad hoc*, sino que su aprobación supondrá una concurrencia más amplia: las convocatorias deberán estar abiertas no sólo al personal laboral fijo sino también a los funcionarios de carrera de la respectiva entidad local, en una «confrontación» para conseguir la plaza de funcionario que con anterioridad no se daba.

Discrepamos de esta interpretación del Estado y si como tal se consolida en el futuro y los Tribunales de Justicia la avalan, supondrá graves problemas de gestión y nos atreveríamos a apuntar, el fin de los procesos de funcionarización, tal como hasta el momento se han materializado.

8 . Articulación del proceso de funcionarización por «promoción interna» según el estado: cambio radical de modelo

1. Para la Administración del Estado, la funcionarización por «*promoción interna*» en las Corporaciones locales supone aplicar el siguiente esquema, dirigido a funcionarios que deseen promocionar y trabajadores que deseen funcionarizarse.

si una entidad local convoca un proceso de acceso a la condición de funcionario en donde se abre su participación al personal laboral fijo y ello se sustenta en la DT 2ª del EBEP, el *iter* a seguir será diferente según el aspirante sea funcionario o personal laboral. En todo caso, siguiendo el anterior criterio, no sería legal o «*carece de sentido el diseño de procesos de dudosa legalidad constitucional*» que se restrinja sólo a personal laboral fijo.

el personal laboral fijo que participe en el proceso acreditará al final del mismo la superación de «*dos procesos selectivos para acceder finalmente al puesto a que opta por promoción interna*» .

¿Cuáles son estos «*dos procesos*»? Evidentemente el primer de ellos fue el que llevó a cabo para lograr la condición de laboral fijo, a través del procedimiento respectivo. El segundo será el que se articula en base a la DT 2ª: pasar de laboral a funcionario a través de la referida promoción interna.

Tal promoción interna sólo puede calificarse de «horizontal», pues viene vedada la promoción interna vertical cruzada a un cuerpo o grupo superior –como ha sucedido en numerosas convocatorias de funcionarización-. Textualmente, el Estado considera que mientras la promoción interna de un funcionario es para un grupo inmediatamente superior, «*el acceso desde la condición de laboral fijo implica el acceso desde puesto con el contenido y competencia similar a aquello a los que se opta*» .

Ello supone que al articularse como una promoción interna horizontal no es factible una promoción vertical cruzada a un puesto de funcionario. El Estado entiende que «*el acceso desde la condición de laboral fijo a puestos de funcionarios no implica en ningún caso una promoción en el sentido vertical tal y como puede definirse la del personal funcionario*» .

el segundo colectivo que podrá participar al proceso de «promoción interna» es el personal funcionario de carrera de la propia entidad local. En concreto, se define un «*nuevo concepto de proceso de promoción interna*» para los funcionarios en base a la DT 2ª, que «*supone que el acceso desde la condición de funcionario conlleva el desempeño de puestos adscritos a cuerpos o escalas clasificados en el grupo inmediatamente inferior*» .

Por consiguiente dos son los colectivos que podrán participar al amparo de la DT 2ª: el personal laboral fijo, que promocionará «horizontalmente» pero nunca «verticalmente», sino que accederá a un puesto (cabría decir que a un Escala o Subescala de funcionario y a su vez a un puesto) de funcionario y también el personal funcionario, a través de una promoción vertical.

A modo de ejemplo si el puesto de trabajo de funcionario corresponde a un técnico medio de administración general, funcionario, grupo A1, subgrupo A2, los hipotéticos aspirantes en base a la DT 2ª del EBEP serán:

los funcionarios de carrera del subgrupo C1, que ostenten la escala administrativa como funcionarios¹⁰ con una antigüedad de dos años en esta condición. Promoción vertical.

el personal laboral fijo que ostente una categoría o grupo profesional equivalente al grupo A1 subgrupo A2, esto es, en el supuesto descrito, técnico medio con contrato de trabajo. Promoción horizontal (cruzada).

¹⁰ Obviamos en nuestra consideración al nuevo grupo B, definido por el art.76 del EBEP.

2. Se hace preciso analizar qué modelo ha seguido el Estado para su propio personal. La referencia más importante es la Oferta de empleo público para el 2013, aprobada por el Real Decreto 218/2013. Los ejes fundamentales del modelo estatal son los siguientes:

las plazas se distribuyen entre los Cuerpos y Escalas de funcionarios mencionados en la Oferta y los procesos selectivos correspondientes se podrán convocar conjuntamente con las convocatorias ordinarias de nuevo ingreso o mediante convocatoria independiente (art.5.2)

se incorpora el modelo antes mencionado, en el art. 5.4. En concreto, se remite a la DT 2ª que se reproduce textualmente.

a unos y otros (funcionarios y personal laboral) se les exige tener una antigüedad de al menos dos años de servicio activo en el grupo profesional o subgrupo desde el que se promociona (art.5.5), algo que no sucede en la DT 2ª.

finalmente, será cada convocatoria, a través de sus bases específicas, la que determinará los colectivos que podrán participar en cada proceso y las características y condiciones del mismo (art.5.5).

9 . Funcionarización, oferta de empleo público y plazas convocadas

1. Hasta el EBEP y con anterioridad también al cambio de criterio del Estado, un proceso de funcionarización suponía o quedaba exento de algunas características:

al tratarse de un proceso *ad hoc* , singularísimo y restringido, no se regía por las reglas jurídicas propias de los procesos selectivos ordinarios ni tampoco por las previstas para la promoción interna.

no se incorporaban a la Oferta de empleo público, habida cuenta que no se trataba de la incorporación de nuevos efectivos, sino la reconversión del vínculo jurídico del trabajador afectado que, superado el proceso, continuaba prestando servicios en el mismo puesto.

era improcedente crear plazas y puestos nuevos a ocupar por los laborales que se funcionarizarían, ya que únicamente acontecía una readscripción del puesto laboral a funcionario. Por ello las convocatorias del propio Estado se configuraban bajo la denominación de pruebas selectivas afectadas por el artículo 15 de la Ley 30/1984, ya que no crecía la plantilla en cuanto a puestos, sino únicamente, por decirlo de una manera gráfica, el puesto que anteriormente se consideraba «L» pasaba a considerarse «F» y por tanto, el trabajador que lo ocupaba de manera permanente, pasaba a poder integrarse a la condición de funcionario cuando se aprobaba la convocatoria.

la funcionarización no se veía limitada en modo alguno por las tasas de reposición de efectivos de la Ley de Presupuestos, pues no suponía incorporar nuevo personal. En resumen, ninguna Ley de Presupuestos, incluidas las del 2012 y 2013 ha fijado ningún límite restrictivo, ya que se trataba de un proceso dirigido a personal laboral fijo ya incorporado a la Administración.

2. Con el nuevo modelo, el esquema cambia radicalmente y además de tal forma, que conlleva una distorsión de muy difícil aplicación.

en primer lugar las convocatorias de promoción interna deberán respetarse los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Ello no es especialmente novedoso: se aplicaba también en el antiguo modelo, si bien de forma

matizada o muy concreta, pues al tratarse de una convocatoria en donde no había real «confrontación» con otros candidatos, la «competencia» era del candidato contra si mismo, cuyo único objetivo era superar con un «5» o nota de corte equivalente entre el aprobado o suspenso- el proceso, al tener la seguridad de que superada la fase de oposición, continuaría en su mismo puesto, sin mayor dificultad y sin que la puntuación final afectase a su continuidad en aquél. De ahí que la valoración de méritos fuese muy secundaria y algunos procesos de funcionarización los obviaron completamente, por no aportar nada al resultado final, como fue el caso de los procesos llevados a cabo por la Generalitat de Cataluña.

la funcionarización actual, sin embargo, requiere la creación –previa- de las plazas de funcionario. Literalmente, debe seguirse *«el procedimiento legalmente establecido para ello, creándose previamente en plantillas las plazas ofertadas»* . Ello rompe con el modelo seguido desde el 1988: según el Estado deberán crearse –o preexistir- puestos de personal funcionario, que por deducción deben estar vacantes o cubiertos por personal funcionario interino.

No es posible entender que estos puestos puedan estar cubiertos por laborales fijos, pues ello supondría un resultado literalmente irresoluble, si quien aprueba el proceso y ocupa el puesto fuese un trabajador diferente al que lo ocupa o un funcionario. Por consiguiente, se rompe la lógica anterior y supone un crecimiento de la plantilla real de la entidad local, lo cual no es en estos momentos un modelo ni fácil de implementar ni recomendable. Sólo puede defenderse este criterio si previamente se tiene claro que quien promocióne –sea funcionario o laboral- verá amortizado su anterior puesto de trabajo.

Amortización que para el personal laboral será el puesto de laboral que ocupaba en tanto que si es funcionario, será un puesto correspondiente a un grupo o subgrupo inferior. No hay otra alternativa, pero debe destacarse que si la tesis del Estado fuese correcta, la Administración local convocante no sabría en ningún momento cual será el puesto a amortizar hasta el momento final del proceso, y no con anterioridad, aspecto de muy difícil encaje en un proceso ordenado de gestión de los recursos humanos.

finalmente, las plazas afectadas por la DT 2ª deben incorporarse en la Oferta de empleo público.

El cambio de paradigma por tanto es total: creación de la plaza convocada, incorporación a la plantilla de la Corporación, dotación económica en el Presupuesto municipal y posterior inclusión en la Oferta de Empleo. Cuatro requisitos exigidos por los requerimientos del Estado enviados a las Corporaciones locales que han convocado procesos de funcionarización.

Nuestra conclusión es que la previsión del Estado sólo tiene lógica, y puede implementarse a las Corporaciones locales si se olvida la funcionarización como proceso, esto es, si la política de gestión a llevar a cabo suprime este concepto como procedimiento. Esto es, si la «funcionarización» desaparece como fórmula de gestión y adaptación de los miles y miles de trabajadores desubicados, que eso sí, podrán continuar en su puesto de trabajo gracias al primer párrafo de la DT 2ª del EBEP.

Supone ello por tanto que la DT 2ª habilita una fórmula ordinaria para pasar de laboral a funcionario por promoción interna cruzada, siempre y cuando existan plazas de igual categoría o grupo con funciones similares. Si es así, y están vacantes –o cubiertas interinamente- la Administración podrá convocarlas y el laboral fijo podrá optar a ellas, en competición con los funcionarios del grupo o subgrupo inferior. Pero se trata de una filosofía completamente diferente a la de la funcionarización del período 1988-2007: ya no sería posible, en la tesis del Estado, convocar más de 1000 plazas de auxiliar administrativo para el antiguo INEM, como así ocurrió en su momento, sino sólo exclusivamente aquellas plazas de auxiliar funcionarios que fueran necesarias para el servicio público (vacantes, nueva creación, etc.) y a donde podrían optar al unísono, auxiliares laborales y funcionarios del antiguo grupo E, actuales agrupaciones profesionales. En esta lógica es el único encaje coherente de la posición del Estado trasladable a los entes locales, pero a riesgo de perder completamente la finalidad que se pretendía con la DT 2ª.

10 . Funcionarización: ¿limitación por los criterios restrictivos de selección de la ley de presupuestos?

Naturalmente, al gestor público se le plantea un grave problema, si ciertamente desea funcionarizar su plantilla laboral y al mismo tiempo respetar la Ley de Presupuestos, ya que la tasa de reposición de efectivos es para el 2013 inexistente, con algunas excepciones.

Ello lo resuelve el Estado de una forma peculiar. Literalmente, «*al tratarse de convocatorias de promoción interna no le resultaría de aplicación las limitaciones previstas en el artículo 23 de la Ley 17/2012 de 27 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el 2013*». El Estado opta por entender que tales limitaciones o restricciones no se aplican a la promoción interna.

Ello ha sorprendido a muchos gestores públicos, pero a estas alturas parece un criterio asumido por el Estado. En concreto «*por tanto, en ningún año ni en ningún momento, en las anuales Leyes de Presupuestos Generales del Estado se ha establecido criterio alguno, con carácter básico, en relación con los procesos selectivos de promoción interna, que (...) son competencia propia de las distintas Administraciones Públicas*»¹¹.

¹¹ Respuesta del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, número de incidencia 51475, dada a la pregunta «*De acuerdo con el artículo 23 de la Ley 17/2012, ¿podría yo aprobar una Oferta Pública de Empleo sólo con plazas de promoción interna?*».

¿Existiría algún límite, sin embargo? A nuestro juicio, de seguir el esquema que plantea el Estado, la funcionarización es extraordinariamente compleja pese a la ausencia de este límite por las siguientes razones:

aún dando por hecho de que la promoción interna no está afectada por los límites selectivos de la Ley de Presupuestos, sí se ve afectada por los límites de crecimiento del Capítulo I.

Ello era pacífico cuando la funcionarización se basaba en el modelo anterior: reconversión del vínculo del trabajador en el puesto ocupado. Quiebra con el modelo defendido por el Estado: es preciso modificar la plantilla, pues es imprescindible crear la plaza, «*con su correspondiente dotación económica en el Presupuesto municipal*», salvo que ya existiera y estuviera vacante o cubierta por funcionario interino.

se desconoce quien logrará la plaza convocada. Puede ser un conjunto muy diverso de empleados, que se agrupan en tres: en primer lugar, el trabajador fijo afectado –«afectación» relativa, pues se diluye completamente la finalidad originaria de la funcionarización-; en segundo lugar, cualquier trabajador fijo que cumpla el requisito exigido al anteriormente mencionado, esto es, ser fijo y prestar servicios con anterioridad al 13 de mayo del 2007, y finalmente, en tercer término, los funcionarios de carrera del grupo o subgrupo inferior.

Esta ignorancia de quien será el candidato seleccionado rompe completamente el esquema de la funcionarización, hasta el punto que supone su desaparición como tal. Cuadrar todo el esquema se hace especialmente complejo, salvo en muy pequeñas entidades locales donde los posibles candidatos al proceso sean casi predeterminados; en las de mediano o gran tamaño, la complejidad de la gestión puede incluso ser ingobernable. O ciertamente asumir lo antes dicho: el instituto jurídico de la funcionarización casi desaparece y sólo será posible la «mutación» del vínculo laboral a funcionario si a lo largo de los próximos años existen vacantes de funcionario equivalentes.

11 . La contradicción de los criterios propugnados por la administración del estado

Roto el esquema finalista que suponía la funcionarización, el propio Estado incorpora fuertes contradicciones en sus conclusiones, que hemos de sacar a colación.

1. En primer lugar, al optar por este modelo, parece que se crea un modelo singular y diferenciado de promoción interna al previsto con carácter general en la ley de función pública. No se aclara si existen ahora dos sistemas o la DT 2ª se incorpora al modelo general.

2. Dado que la DT 2ª instituye una valoración específica de méritos («*valoración de los servicios efectivos prestados (...)) pruebas selectivas superadas y que supusieron el acceso a tal condición* [de personal laboral fijo], podría indicarse que se instituye un segundo modelo de promoción interna para el personal laboral, creándose una promoción interna horizontal cruzada no específicamente

señalada en el EBEP en su apartado general de promoción, que sólo se refiere a los funcionarios. Sin embargo, el EBEP no se refiere en ningún momento a esta promoción –para laborales- y sólo puede deducirse de la DT 2ª en una interpretación generosa.

3. «La Administración General del Estado considera que en este marco normativo queda fuera la convocatoria de procesos de funcionarización exclusivamente dirigidos a la participación de personal laboral fijo», se indica en los escritos remitidos por el Estado a las Corporaciones locales.

Discrepamos de esta afirmación. Se puede aceptar que la DT 2ª del EBEP es poco clara pero esa indefinición también se da la aún vigente DT 15ª de la Ley 30/1984 que ha servido para funcionarizar de manera restringida al personal del Estado. Puede sospecharse, por tanto, que tras un intensísimo proceso de funcionarización del personal laboral del Estado acaecida en la década de los años 80 y 90 del siglo XX y durante los primeros años del siglo XXI (con decenas de miles de empleados afectados), ha dejado de ser una prioridad o una necesidad para el Estado. Pero ello no es así para las entidades locales ni las Comunidades Autónomas, o las Universidades Públicas en cuanto a su personal de Administración y Servicios.

Por tanto, solventado el «problema» en el Estado, ahora se sitúan a las Corporaciones locales en una grave dificultad, pues se suprimen los principios básicos de la funcionarización hasta ahora seguidos y además, se complica el proceso por todas las razones antes señaladas. Quizá la *ratio ultima* debe buscarse en otras razones, en un intento de evitar un incremento del porcentaje de funcionarios y mantener una mayoría de personal laboral, que es sujeto de posible despido por las razones señaladas en la DA 20ª del Estatuto de los Trabajadores.

4. El Estado va más allá: en algunas impugnaciones, señala que «hay que recordar además que este tipo de convocatorias han sido declaradas inconstitucionales», lo cual jurisprudencialmente no ha sido así:

Los Tribunales han asumido el procedimiento restringido *ad hoc*, siempre que se cumplieran los principios que en sede constitucional se han considerado necesarios y que podemos resumir en los seis siguientes:

que en los procesos de funcionarización se cumplan, de manera efectiva, los principios de mérito y capacidad, quedando prohibida la funcionarización por integración directa.

que las pruebas restringidas sean un medio excepcional y adecuado para resolver una situación también excepcional. Ello acontece con la adaptación del vínculo jurídico de un trabajador, que accedió a tal condición conforme a derecho, una vez superó una convocatoria pública y que ocupe un puesto inicialmente adscrito a laboral y que luego, por imperativo legal o por una práctica incorrecta de la Administración convocante, correspondía ser ocupado por un funcionario.

que este medio, excepcional, únicamente puede tener un carácter temporalmente transitorio, lo que impide su repetición continua en el tiempo o, más específicamente, la reiteración del proceso sobre estas mismas plazas afectadas.

la situación de excepcionalidad mencionada debe estar expresamente prevista en una norma de rango de ley.

el objeto de la convocatoria restringida no puede ser otro que lograr la finalidad constitucionalmente considerada legítima: adaptar el vínculo laboral al régimen jurídico funcional y no servir para amparar promociones verticales u otras finalidades –como estabilizar personal temporal o indefinidos no fijos-.

y, finalmente, que en ningún caso, las pruebas restringidas supongan, en la práctica, un proceso selectivo *ad personam*, es decir, que las pruebas teóricas y prácticas, así como los méritos, lo sean *ad hoc*, configurados unas y otros según el perfil del candidato específico.

Las declaraciones de inconstitucional lo han sido por otras razones, fundamentalmente por la ausencia de una norma segura, con carácter básico, que fuera aplicable a todas las Administraciones Públicas, y buena prueba de ello son las SSTC 38/2004 y 4/2006. La razón de ello es que la DT 15ª

de la Ley 30/1984 no tiene ese tal carácter básico y además, literalmente se dirige al personal laboral fijo de la Administración del Estado y a las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social.

Por ello fue declarada la inconstitucionalidad de diferentes leyes de funcionarización, como aconteció en Asturias y el País Vasco. Y a ello vino a resolver el problema la DT 2ª del EBEP, aunque con escasa pericia, pues su ambigüedad ciertamente permite la interpretación estatal, que aunque kafkiana y en algunos supuestos irresoluble en su aplicación práctica, no contradice los términos poco claros de la DT, si bien esta misma ambigüedad se predicaba también de la DT 15ª de la Ley 30/1984 y ello no impidió la funcionarización restringida en el ámbito estatal.

Al contrario, podemos remitirnos a las sentencias del Tribunal Supremo de 20-6-1996 y 28-1-1997 donde se consideró que la funcionarización del personal laboral fijo no infringe la Constitución, precisamente en procesos relativos a la Administración General del Estado. Textualmente la primera de aquellas afirmó que *«Pues bien, esas características de excepcionalidad, con fines legítimos, concurrían en el caso presente, en el que el legislador se encontró ante la necesidad de dar solución a un colectivo singular: el de determinado personal laboral fijo, caracterizado por venir desempeñando puestos de trabajo, reservados a funcionarios, a la entrada en vigor de la Ley 23/1988, para el que esa misma Ley arbitra un procedimiento excepcional y de carácter voluntario a fin de posibilitar que la naturaleza jurídica de su relación de servicios con la Administración, se adecue a la naturaleza funcionarial del puesto que sirven, sin olvidar, por otro lado, que ese personal laboral, de acuerdo con el Estatuto de los Trabajadores, tenía absoluta estabilidad en el empleo, circunstancia ésta que tuvo en cuenta la citada Disposición Transitoria Decimoquinta (apartado 1.º), al disponer que la adscripción de estos puestos servidos por personal laboral a personal funcionario «no implicará el cese del laboral que lo viniera desempeñando»*

5. Por ello, el Estado, tras afirmar lo anterior, efectúa un pequeño quiebro justificador pero insistente en su tesis: *«pero es que, aún teniendo en cuenta la multiplicidad de sentencias que existen en la materia, es evidente que estando definida por la normativa vigente esta vía de acceso ordinario y permanente, carece de sentido el diseño de procesos de dudosa legalidad constitucional»*

6. Finalmente, nueva contradicción acontece cuando –como hemos ya analizado– el Estado califica la funcionarización como una vía ordinaria y permanente de acceso a la condición de funcionario, pero exclusivamente para el personal laboral fijo que ostente tal condición con anterior al 13 de mayo del 2007. Se crean así dos tipos de empleados laborales: los que podrán acogerse a la DT 2ª y los que no.

Esta consideración crea diversas dificultades aplicativas:

en primer término, la distinción se basa en una norma estatal: el EBEP. La fecha de referencia se sitúa en la –ya algo– lejana fecha de 13 de mayo de 2007, que supera en todo caso la fecha del 30 de julio de 1988 que instituyó la Ley 23/1988. Pero la «petrificación» es evidente. Y el tiempo transcurre inevitablemente.

debemos deducir que el legislador considera que todas las Administraciones Públicas han actuado correctamente a partir del 13-5-2007, no contratando laboralmente a nadie en un puesto que según el art. 9 no podía hacerse.

Pero ello es muy relativo por no decir que completamente incierto, básicamente porque tal precepto es un concepto jurídico indeterminado, como lo es el concepto *«ejercicio de autoridad»* que diseña la DA 2ª, y porque –y ello es trascendental– la concreción de que puestos pueden ser desempeñados por el personal laboral se efectuará a través de las leyes de desarrollo del EBEP, lo cual sólo ha acontecido, con claridad, en Castilla-La Mancha y la Comunidad Valenciana. Pueden transcurrir aún años hasta que todas las Comunidades Autónomas hayan desarrollado el EBEP y por tanto la inseguridad es clara. El propio Estado no ha promulgado su ley, y por sigue aplicando al respecto el artículo 15.1.c) de la Ley 30/1984.

es evidente que las Corporaciones locales no sólo se han ajustado al EBEP, sino que el 60 por

ciento de laboralización existente actualmente acredita que continúan nutriéndose de personal bajo contrato de trabajo, en un *totum revolutum* donde además se confunden o superponen trabajadores fijos, indefinidos y temporales

En todo caso, y a ello queríamos referirnos, si en todo momento se está fijando una fecha cual es la de 13-5-2007 como eje central de lo que es permisible y lo que no, con todas las circunstancias mencionadas, es difícil de aceptar que esta promoción en la funcionarización deba ser interpretada de la forma que lo efectúa el Estado. La DT 2ª tenía como finalidad solventar un problema, que no es otro que superar el carácter no básico y orientado al Estado y la Seguridad Social de la DT 15ª de la Ley 30/1984, y no abrir una fórmula de «promoción» anclada en mayo del 2007 pero, presumiblemente, no limitada a tal fecha para los funcionarios.

12 . Conclusión: ¿opciones para el gestor local?

Un análisis de las numerosas convocatorias de personal laboral que se aprueban en las entidades locales, y que han pasado el tamiz de legalidad –ya sea porque la Autoridad correspondiente nada ha dicho o impugnado, ya porque los entes locales han argumentado lo que hemos expuesto a lo largo de este artículo- se plantean de forma prácticamente unánime como un procedimiento restringido dirigido en exclusiva al personal laboral fijo. Hemos de insistir que ello es así porque las Corporaciones locales lo que pretenden no es promocionar ni abrir una fórmula distinta a la que hasta ahora hemos indicado: adaptar el vínculo jurídico de los trabajadores fijos al régimen funcionarial.

El criterio del Estado es profundamente distorsionador. Obliga a crear plazas, incorporar a la Oferta de empleo público, instituir un elemento de incertidumbre absoluta al desconocerse quien o quienes serán los aspirantes seleccionados, incorporar al proceso de la DT 2ª a los funcionarios de carrera del grupo o subgrupo inferior, desconocer que vacantes quedarán en los próximos meses una vez haya finalizado la «promoción», controlar el incremento del capítulo I –que deviene inevitable salvo que se use alguna estrategia torticera de crear nuevas plazas dotadas presupuestariamente –así lo exige el Estado- pero vinculadas a las ya existentes compensando unas y otras, lo cual no tiene ningún amparo legal- y finalmente desviarse de la finalidad última del proceso funcionarizador, para centrarse en la promoción. Claro que todo ello acontece si la entidad local desea «funcionarizar».

Por consiguiente, el gestor público tiene ante sí dos opciones que no pueden coexistir. Deberá optar por una u otra, con los riesgos que ello supone.

En el primer caso, optar por el criterio vigente entre 1988 y 2007 y que se ha mantenido hasta el momento presente y sigue así haciéndose por la mayoría de las Corporaciones locales: la funcionarización como proceso restringido y limitado exclusivamente al personal laboral fijo.

En este caso, creemos que de aprobarse una convocatoria restringida y ante la posible impugnación y posterior litigio en vía contencioso administrativa, los Ayuntamientos y Diputaciones deben defender su legalidad, bajo el cumplimiento escrupuloso de los principios antes señalados. Ello implica no obstante ser meticuloso y obviar u orillar definitivamente procedimientos ambiguos o edulcorados, en la exigencia de requisitos y proceso de selección.

En el segundo supuesto, el gestor público puede asumir la funcionarización como un auténtico proceso de promoción interna: deberán existir plazas vacantes presupuestadas, incorporarse a una oferta de empleo público –que no se verá limitada por las restricciones de la ley de presupuestos- y establecer que en la convocatoria podrá participar el personal laboral fijo reseñado y el funcionario integrado en el grupo o subgrupo inmediatamente inferior.

Dado que la ley y la jurisprudencia han establecido hasta ahora un derecho de garantía de continuidad del trabajador que no opte o no supere el proceso, esta segunda opción sólo será razonable que acontezca cuando la Corporación local tenga reales plazas vacantes y no creadas artificialmente para la funcionarización de personal laboral, pues en este caso, ante la obligación de ser dotadas presupuestariamente antes de su cobertura, colisionaría con los límites al incremento del capítulo I instituido por las leyes de Presupuestos. De optar por ello, vemos imposible un proceso de

funcionarización generalizado o incluso limitado, con las únicas excepciones de pequeños Ayuntamientos, en donde quizá el único o los pocos aspirantes son todos trabajadores y no existen ningún funcionario que pueda optar al puesto, o al contrario, Ayuntamientos con plantillas numerosas pero con una presencia no significativa de funcionarios que puedan concurrir a la convocatoria.

XavierBOLTAINA BOSCH

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona

Gerente de la Diputación Provincial de Barcelona