

SELECCIÓN DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: PERSPECTIVAS DE UNA REFORMA

JESÚS ÁNGEL FUENTETAJA PASTOR *

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PLANIFICACIÓN DE RECURSOS HUMANOS.—III. SELECCIÓN DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.—1. Normas generales.—A) Principios.—a) Principios de igualdad y de mérito y capacidad.—b) La nacionalidad.—1) La elaboración de un concepto comunitario de «Administración Pública» en el marco de la libre circulación de trabajadores.—2) Recepción en la Función Pública española: la Ley 17/1993.—3) Nacionalidad y Estatuto Básico.—4) La última reforma: régimen vigente.—B) Sistema de selección.—a) Sistemas selectivos.—b) Los procedimientos selectivos «bifásicos».—2. Selección del personal funcionario.—A) Requisitos.—B) Órganos de selección.—C) Selección de funcionarios interinos.—3. Selección del personal laboral.—IV. COMIENZO Y EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN DE SERVICIO FUNCIONARIAL.—1. Adquisición de la condición de funcionario de carrera.—2. Extinción de la relación de servicio.

* Profesor Titular interino E.U. del Departamento de Derecho Administrativo de la UNED. Texto de la Conferencia pronunciada en el marco del Curso «El proyecto de Estatuto básico de la Función Pública. Balance y perspectivas ante la nueva Legislatura», correspondiente a los XI Cursos de Verano de la UNED, celebrado en Ávila del 17 al 21 de julio de 2000.

I. INTRODUCCIÓN

En julio de 1999, el Gobierno remitía a las Cortes un proyecto de Ley regulador del Estatuto básico de la Función Pública. Se pretendía cumplir de esta manera el mandato constitucional a este respecto (artículos 103.3 y 149.1.18), presentando un nuevo Estatuto para la Función Pública en España después de más de veinte años de aprobación de nuestra Constitución. La reforma de la Ley 30/84, a pesar de los profundos cambios que introdujo en el modelo de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, dejaba no obstante abierta la tarea necesaria de acometer la regulación del modelo de Función Pública, no sólo para el Estado, sino también para las Administraciones autonómicas. La tardanza en el cumplimiento de este deber que, desde el punto de vista lógico debería haber sido un *prius*, condicionó —y todavía condiciona— el texto del Estatuto básico. En primer lugar, porque a dicho Estatuto básico le queda poca capacidad de maniobra y de innovación cuando tiene que operar sobre un terreno en el que han florecido diecisiete Estatutos de Función Pública, tantos como Comunidades Autónomas, que se han aprovechado de ese vacío para, al amparo de su potestad de autoorganización, reducir el espacio de ese Estatuto básico. Y en segundo lugar, porque la cultura de la concertación ha terminado por introducir en el proceso legislativo un invitado no esperado y al que la legislación concede artificialmente un papel de representación del que en la realidad carece: las organizaciones sindicales y profesionales.

Pese a que la disolución de las Cámaras a finales de 1999, con vistas a las elecciones generales de marzo de 2000, produjeran automáticamente la caducidad del proyecto de Ley, no deja por ello de constituir un elemento de reflexión clave para entender la situación y la tendencia de reforma en la Función Pública, máxime si se tiene en cuenta que el proyecto de Ley vino precedido, por un lado, de un extenso período de tiempo de análisis y maduración y, por otro, de un acuerdo con las Comunidades Autónomas y con los sindicatos. No está, pues, de más exponer las perspectivas de reforma en uno de los aspectos clave de toda regulación de la Función Pública: la selección del personal.

El proyecto de Estatuto básico de la Función Pública, en el ámbito de la selección del personal al servicio de las Administraciones Públicas, lleva a cabo más una labor de sistematización y refundi-

ción de normativa básica actualmente en vigor y de jurisprudencia que una profunda acción innovadora, sin perjuicio de novedades reseñables como los procedimientos selectivos bifásicos.

Al ser un Estatuto «básico», este carácter obliga al Legislador estatal a autolimitarse o, mejor dicho, a «contenerse» a la hora de regular una determinada institución o técnica. Y es que el Legislador estatal renuncia a desarrollar en el texto del Estatuto especificaciones que trascienden de lo «básico» a efectos autonómicos y cuyo destinatario, en definitiva, sería el Estado, esto es, él mismo. Así pues, el Estatuto es «básico» tanto a efectos de las Comunidades Autónomas —lo cual no es novedad— como a efectos del Estado —lo cual sí que es novedoso. Y cabría preguntarse si esta opción del Legislador estatal es la más adecuada y si no sería conveniente, desde un punto de vista teórico y práctico, una regulación total de la Función Pública en el ámbito estatal que definiese de una vez por todas no sólo un modelo básico sino también un modelo operativo de Función Pública, especificando posteriormente los preceptos básicos a efectos autonómicos.

Todo ello contribuye a configurar un articulado truncado en muchos aspectos, allá donde se podrían esperar previsiones que corresponden precisamente, bien al Legislador estatal en cuanto competente para dictar la Ley de Función Pública de la Administración General del Estado, bien a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

II. PLANIFICACIÓN DE RECURSOS HUMANOS

La mayor novedad en este capítulo no es tanto sustantiva como sistemática: la previsión autónoma y a nivel estatutario de la planificación de los recursos humanos. Se subraya con ello la importancia de la planificación en el ámbito de la Función Pública, lugar en el que «no existe tradición de Dirección Estratégica, aunque, por el contrario, sí una asentada tradición de Gestión a la que se recurre una y otra vez con la esperanza de que ella resuelva cuestiones que corresponden a un plano diferente al suyo»¹. De hecho, se denuncia

¹ SAMANIEGO, C. y DÍAZ BRETONES, F.: «Selección, formación y desarrollo de

que los instrumentos de planificación (Registro, Ofertas de Empleo Público, etc.) se utilizan en realidad como instrumentos de gestión administrativa.

El objeto de la planificación es la adecuada dimensión, distribución y capacitación de los recursos humanos de la Administración, y ello con vistas a la mejora en la prestación de los servicios. En definitiva, y utilizando dos de los principios de ordenación de la Función Pública del artículo 6, «*eficiencia en la utilización de los recursos*» y «*eficacia en el servicio a los intereses generales*». Y es que es precisamente esta **eficacia** la que permite entroncar directamente con la Constitución en su artículo 103.1, lo que ha posibilitado concebir la planificación ya no como una mera técnica instrumental al servicio de la gestión en que forma de previsión de las necesidades futuras y de las formas de satisfacer las mismas en el seno de una organización pública, sino, además, como «un instrumento para el cumplimiento adecuado de los principios que inspiran, desde el propio Texto Constitucional, el funcionamiento de la Administración Pública»².

En lo que respecta al número de efectivos de la Administración Pública, la planificación se encuentra informada y limitada, de un lado, por la planificación general de la actividad económica y, de otro, por los ya citados principios de ordenación de la Función Pública (uniendo, a los de eficacia y eficiencia, los principios de coordinación, cooperación e información entre Administraciones Públicas). En cuanto a la planificación general de la actividad económica, ésta se erige no sólo en límite sino también en justificación de la propia planificación de los recursos humanos, tal y como se ha manifestado el Tribunal Constitucional al amparar decisiones de contención del gasto público que suponían, por ejemplo, congelaciones en la oferta de empleo público o en las retribuciones del personal³. Lo cual, en la práctica, permitirá no ya que la planificación nazca tarada, sino que

carreras en la Administración Pública» en *Los Recursos Humanos en las Administraciones Públicas* (Dir. Rodríguez Fernández), Tecnos, Madrid 1995, p. 253.

² PALOMAR OLMEDA, A.: «La planificación de recursos humanos: marco general y normativo» en *Situación actual y tendencias de la Función Pública española* (Coord. Castillo Blanco), Comares, Granada 1998, p. 125.

³ Vid. las sentencias del Tribunal Constitucional 171/1996, de 30 de octubre, 63/1986, 96/1990, 237/1992.

incluso resulte inexistente. Y es que en la actualidad nadie duda de la falta de una auténtica planificación que identifique los sectores de la Administración en los que se precisa personal, su clase y su número. Se funciona, en cambio, a base de inercias alimentadas por grupos de presión (ya se trate de Cuerpos, ya de Ministerios u órganos) que provocan un absurdo automatismo en las Leyes de Presupuesto de cada año, concretada en la huera —a efectos de planificación, claro está— tasa de reposición del 25 por 100.

En el apartado de *instrumentos* de la planificación, desaparecería nominalmente el «Plan de Empleo», cuya compleja regulación no ha dado los resultados esperados, siendo sustituido por los **planes para la ordenación de los recursos humanos**. Su contenido, no obstante, es similar al de los planes de empleo⁴, obligándose, por un lado, a su publicidad y, por otro, a la especificación de las causas objetivas y justificadas que motivaron su adopción. Estos planes, aunque nada se dice en el proyecto de ley, no deberían situarse dentro de los límites presupuestarios, según hoy día se precisa, pues ello reforzaría el carácter prospectivo y los efectos no inmediatos, sino a medio plazo, con que se conciben estos instrumentos, desvinculándose claramente planificación y selección.

Y es que la *selección externa* es uno de los contenidos fundamentales de la planificación de recursos humanos, pero no se reduce a aquella, en contra de lo que entendieron diversos grupos parlamentarios que plantearon enmiendas encaminadas en ese sentido. Sea como fuere, la selección externa se concreta en las **ofertas de empleo público** que deberán aprobar el Gobierno o los órganos competentes autonómicos y que «*indicarán el plazo máximo de convocatoria de las pruebas selectivas de acceso para las plazas vacantes*».

⁴ Según el artículo 13, apartado tercero, estos planes podrían contener —en un enumeración, pues, no exhaustiva—: a) previsiones sobre modificación de estructuras organizativas y de puestos de trabajo; b) suspensión de incorporaciones de personal externo al ámbito afectado, tanto las derivadas de ofertas de empleo como de procesos de movilidad; c) medidas de movilidad forzosa; d) cursos de formación y capacitación; e) concursos de provisión de puestos limitados al personal de los ámbitos que se determinen; f) medias específicas de promoción interna; g) prestación de servicios a tiempo parcial; h) incorporación de recursos adicionales que habrán de integrarse, en su caso, en las ofertas de empleo público.

incluidas en las mismas» (art. 13.4 del proyecto de Ley de EBFP). La principal novedad radicaría en que se permite la aprobación de varias ofertas de empleo público, lo que flexibilizaría la cobertura de las necesidades de efectivos. Además, la oferta sigue siendo requisito imprescindible, no sólo para la planificación de los recursos humanos sino, sino también y sobre todo para seleccionar nuevo personal pues *«serán requisito previo a la convocatoria de las pruebas selectivas»*. Por último, aunque no se especifica expresamente, las ofertas de empleo público deberán actuar dentro de un límite presupuestario.

III. SELECCIÓN DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

1. **NORMAS GENERALES**

A) Principios

El proyecto de Estatuto recoge, como no podía ser de otra forma, los principios constitucionales de igualdad y de mérito y capacidad, explicitando tanto concreciones como excepciones amparadas por la jurisprudencia constitucional. En otro orden de cosas, el proyecto de Estatuto sitúa en este apartado, con acierto sistemático, el problema del requisito de la nacionalidad española, recogiendo las excepciones derivadas de las exigencias del Derecho Comunitario.

a) Principios de igualdad y de mérito y capacidad

Estos dos principios —afirmados individualmente en el Texto Constitucional, pero integrados mutuamente en su aplicación— se erigen en las dos grandes columnas que sostienen y configuran el umbral de acceso a la Función Pública. El artículo 23.2 reconoce el derecho de los ciudadanos a «acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes», mientras que el 103.2 establece que la ley regulará «el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad».

El proyecto de Estatuto asume estos dos principios, pero los hace trascender del sistema de acceso y los consagra como principios de ordenación de la Función Pública (art. 6 del proyecto de Estatuto).

El **principio de igualdad** presenta en el articulado una explicitación y una excepción. Explícitamente se afirma una de sus consecuencias, el **principio de publicidad**, que para el Tribunal Constitucional constituye «algo esencial a la convocatoria y ha de ser lo suficientemente eficaz para que se cumplan los principios y fines del procedimiento de selección, pues sirve, desde el punto de vista de los aspirantes al empleo público, para asegurar el acceso en condiciones de igualdad ala función pública y, desde el punto de vista de la Administración, para satisfacer el interés público facilitando la mayor concurrencia de aspirantes»⁵. Las posteriores técnicas de articulación de este principio de publicidad exceden del carácter básico del Estatuto, correspondiendo su instrumentación al Estado o a las Comunidades Autónomas en su respectivo ámbito competencial.

En lo que respecta a la excepción⁶, el apartado 6 del artículo 15 hace referencia a las personas discapacitadas: «*Las Administraciones Públicas adoptarán medidas adecuadas para favorecer que las personas discapacitadas accedan al empleo público, debiendo reservar a tal efecto un cupo no inferior al 3 por ciento global de las plazas ofertadas para ser cubiertas entre aquellos que tengan la condición legal de persona con minusvalía. Los procesos selectivos contendrán las medidas necesarias para remover los obstáculos que impidan o dificulten la plena participación de estas personas en condiciones de igualdad*». Esta reserva de plazas para las personas discapacitadas no ha sido considerada discriminatoria por el Tribunal Constitucional⁷.

⁵ STC 85/1983, de 25 de octubre.

⁶ La previsión de reserva de plazas para las personas discapacitadas no es una excepción del principio de mérito y capacidad sino del principio de igualdad, pues aquellas no se ven eximidas de «poner de manifiesto su aptitud para el desempeño de las plazas y de acreditar su idoneidad para el desarrollo de las funciones que les son inherentes, asegurándose así la tutela de la eficacia administrativa en la gestión de los intereses generales (art. 103.1 CE)»: STC 269/1994, de 3 de octubre.

⁷ «La discriminación, tal como es prohibida por el art. 14 de la Constitución, impide la adopción de tratamientos globalmente entorpecedores de la igualdad de trato o de oportunidades de ciertos grupos de sujetos, teniendo dicho tratamiento su origen en la concurrencia en aquellos de una serie de factores diferenciadores que expresamente el legislador considera prohibidos, por vulnerar la dignidad humana. No siendo cerrado el elenco de factores diferenciales enunciado en el art. 14 CE es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación. Precisamente porque puede tratarse de

El **principio de mérito y capacidad** también prevé dos concreciones que afectan en un caso al mérito y en otro a la capacidad. En lo que respecta al mérito, el proyecto de Estatuto señala que se pueda considerar como tal el «*tiempo de servicios prestados en las Fuerzas Armadas como militar profesional de tropa y marinería*» y ello a efectos, primero, del acceso a la condición de funcionario o personal laboral de las Administraciones Públicas, segundo, de la constitución de reservas de plazas y, tercero, del cómputo de antigüedad de este personal militar. Esta posibilidad, sin embargo, depende de lo que diga la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, a la que se remite el Estatuto. Según la Disposición final quinta de la citada Ley, el tiempo de servicios prestados en las Fuerzas Armadas podrá, en unos casos, ser considerado como mérito y, en otros, operar una reserva de plazas, pero en ambos casos debe tratarse de puestos de trabajo en que sus funciones guarden relación con los servicios prestados, aptitudes o titulaciones adquiridas como militar durante los años de servicio. Así:

- a) será considerado como *mérito* en los sistemas de selección respecto de los Cuerpos, Escalas, plazas de funcionario y actividades de carácter laboral de las Administraciones Públicas;
- b) la *reserva de plazas* (un mínimo del 50% en cada proceso selectivo) tiene lugar en el ámbito del Cuerpo de la Guardia Civil y de los Cuerpos y Escalas adscritos al Ministerio de Defensa⁸, siempre que hubiesen cumplido como mínimo tres años de tiempo de servicios.

un factor de discriminación con sensibles repercusiones para el empleo de los colectivos afectados, tanto el legislador como la normativa internacional (Convenio 159 de la OIT) han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad, que, en síntesis, tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometidos su propio desarrollo como personas ... Es claro que la reserva porcentual de plazas en una oferta de empleo, destinadas a un colectivo con graves problemas de acceso al trabajo ... no vulnera el art. 14 CE»: STC 269/1994, de 3 de octubre.

⁸ En el caso del Ministerio de Defensa también se prevé el ingreso como personal laboral de dicho Departamento y sus organismos autónomos.

- c) finalmente, a quienes ingresen en la Administración Pública conforme a los procesos de selección vistos anteriormente, les será reconocido, a efectos de antigüedad, el tiempo de servicios prestados en las Fuerzas Armadas como militar de complemento o como militar profesional de tropa y marinería.

Y en cuanto a la capacidad, el proyecto de Estatuto insta a las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, para que prevean *«que el personal esté debidamente capacitado para cubrir los puestos de trabajo o la realización de funciones que requieran el conocimiento de dos lenguas oficiales»*. Esta formulación es conscientemente más restrictiva de la actualmente vigente y que conmina *«la selección de funcionarios debidamente capacitados para cubrir los puestos de trabajo en las Comunidades Autónomas que gocen de dos lenguas oficiales»* (art. 19.1, párrafo tercero, de la LMRFP). Y es que la buscada ambigüedad de la Ley de Medidas desvincula conocimiento de lenguas oficiales y puesto de trabajo, amparando leyes como la catalana de Función Pública que exige el conocimiento de la lengua autonómica como requisito general de capacidad. La constitucionalidad de esta opción fue expresamente afirmada por el Tribunal Constitucional⁹, aunque llamaba la atención de las extralimitaciones desproporcionadas que su aplicación podía suponer. El proyecto de Estatuto, finalmente, parece recoger la tendencia apuntada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y, muy especialmente, del Tribunal Supremo que, en sus últimos pronunciamientos, prefiere *«valorar caso por caso el perfil lingüístico requerido para el puesto de trabajo en concreto»*¹⁰.

⁹ STC 46/1991, de 28 de febrero.

¹⁰ *Vid.*, al respecto, MARTIN SANZ, V.: «El empleo del idioma autonómico en el sistema educativo (A propósito de la Sentencia de la Sala 3ª, Sección 7ª, del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1996)» en *RAP*, nº 146, mayo-agosto 1998, p. 195. Y sentencias del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1990, de 8 de julio de 1994, de 18 de abril de 1995, de 19 de febrero y 26 de marzo de 1996, de 16 de junio de 1997 y, muy especialmente, las de 22 de julio de 1996 y de 20 de marzo de 1998. La sentencia de 15 de diciembre de 1998, en el marco de un recurso de casación en interés de la Ley, hace un balance de la doctrina legal actualmente vigente en los siguientes términos: «Primero, que el principio general sigue siendo el de que pueda valorarse como mérito no eliminatorio el conocimiento de las lenguas españolas diferentes del castellano. Segundo, que para

b) La nacionalidad

El apartado 7 del artículo 15 del proyecto de Estatuto aborda el requisito de la nacionalidad para acceder a la Función Pública española. Esta clásica condición se ha visto sacudida en el último decenio por los embates del Derecho Comunitario que, desde la afirmación de la libre circulación de trabajadores, imponía una serie de reformas a las que el Legislador no ha terminado de responder adecuadamente. Para entender este proceso, resulta imprescindible partir del contenido exacto del Derecho Comunitario, examinar a continuación las adecuaciones legislativas llevadas a cabo, para culminar con las aportaciones que propone el proyecto de Estatuto y el régimen actualmente vigente.

1) La elaboración de un concepto comunitario de «Administración Pública» en el marco de la libre circulación de trabajadores¹¹

El actual artículo 39 (anterior 48) del Tratado de la Comunidad Europea consagra la libre circulación de trabajadores que implica la

concretas y determinadas plazas, los poderes públicos competentes pueden darle dicho carácter a la prueba de conocimiento del idioma cooficial de la respectiva Comunidad Autónoma. Tercero, que la finalidad de esta excepción al principio general es la de proveer a la presencia en la Administración de personal de habla de lengua vernácula, como modo de garantizar el derecho a usarla por parte de los ciudadanos de la respectiva Comunidad. Cuarto, que a la apreciación del cumplimiento de esta concreta finalidad obliga a considerar discriminatoria la mencionada exigencia cuando se imponga para cubrir plazas que no estén directamente vinculadas a la utilización por los administrados de las lenguas de su Comunidad Autónoma, debiendo reservarse para aquellas en las que la imposibilidad de utilizarla les pueda producir una perturbación importante en su derecho a usarla cuando se relacionan con la Administración, lo que a su vez implica la necesidad de valorar en cada caso las funciones que sean competencia de la plaza que pretenda cubrirse, así como el conjunto de funcionarios a los que corresponda un determinado servicio, de manera que en las que se aprecie la concurrencia de la perturbación mencionada, pueda garantizarse que alguno de los funcionarios habla el idioma peculiar de la Comunidad».

¹¹ GUILLÉN CARAMÉS, J. y FUENTETAJA, J.A.: «El acceso de los ciudadanos comunitarios a los puestos de trabajo en las Administraciones Públicas de los Estados miembros» en *RAP*, núm. 146, mayo-agosto 1998, pp. 467-488.

igualdad de trato entre los ciudadanos comunitarios y nacionales en materia de acceso al empleo y de condiciones laborales. No obstante, esta libertad no se aplicaba «a los empleos en la Administración Pública».

Los problemas comenzaron cuando el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dio al concepto «Administración Pública» un carácter comunitario, sustrayendo la delimitación de lo que debía entenderse por tal a los Estados miembros. Comenzó el Tribunal de Justicia en 1974 ¹² interpretando de una forma estricta dicha excepción, lo que implicaba directamente la indiferencia de la naturaleza del vínculo que une al empleado público con la Administración.

Sobre la base de esta interpretación estricta, el Tribunal de Justicia comprendió que, para asegurar la interpretación y aplicación uniformes del hoy art. 39, era preciso dar un contenido comunitario a la excepción a la libre circulación de trabajadores que establecía el concepto «Administración Pública». No obstante ser un concepto comunitario, no se crea que el Tratado o el Legislador comunitario han procedido, como hubiese sido deseable, a una definición de dicho concepto que clarificase el alcance exacto de un derecho de los ciudadanos europeos. Muy al contrario, la definición continúa en manos de las autoridades competentes de los Estados miembros, si bien éstos tienen que seguir los criterios elaborados por el Tribunal de Justicia a la hora de determinar lo que debe entenderse por «empleos en la Administración Pública» en el sentido del art. 39. Y éste, en definitiva, es el origen de casi todos los problemas.

Desde el punto de vista comunitario, en un primer momento la jurisprudencia de Luxemburgo opta por una definición funcional de Administración Pública en detrimento de una definición orgánica, de manera que se atiende únicamente a la naturaleza de las funciones ejercidas ¹³. Posteriormente, el Tribunal de Justicia ha configurado unos criterios que permiten sustraer puestos de trabajo en la Administración Pública a la libre circulación de trabajadores:

¹² *Sotgiu*, 12 febrero 1974 (152/73), *Rec.* 1974, p. 153.

¹³ *Comisión v. Bélgica*, 17 diciembre 1980 (149/79), *Rec.* 1980, p. 3881.

- a) En primer lugar y de forma general, deberá tratarse de *actividades típicas de la Administración Pública*. La Comisión, en una Comunicación ¹⁴ interpretativa, considera como tales la defensa nacional, la seguridad interior, la Hacienda Pública, la justicia, los asuntos exteriores y los puestos de trabajo claves en Ministerios del Estado, de entidades regionales o locales y en los Bancos Centrales. No se incluyen, en cambio, aquellas actividades encargadas de gestionar un servicio comercial (transportes públicos, distribución de agua, electricidad o gas, correos, radioteledifusión, etc.), así como los servicios operativos de salud pública, de enseñanza o de investigación.
- b) En segundo lugar y de forma particular, el Tribunal de Justicia exige la presencia de dos requisitos con carácter acumulativo para considerar un puesto de trabajo en la Administración Pública excluido de la libre circulación de trabajadores: que implique una participación directa o indirecta, por un lado, en el *ejercicio de potestades públicas* y, por otro, en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas.

2) Recepción en la Función Pública española: la Ley 17/1993

El acceso de los ciudadanos de los demás Estados miembros de la Unión Europea se facilitó por la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, que goza de carácter básica. La Ley realiza una apertura por sectores, bien de aquellos sobre los que hay pronunciamiento explícito del Tribunal de Justicia, bien de los que la Comisión entiende que no están comprendidos en la exclusión del art. 39.4. El artículo 1.3 de la Ley 17/1993 prevé una reserva de puestos de trabajo para nacionales españoles cuando dichos puestos de trabajo «impliquen el ejercicio de potestades públicas o la responsabilidad en la salvaguarda de los intereses del Estado o de las demás Administraciones Públicas».

¹⁴ Comunicación 88/C 72 /02, *La libre circulación de los trabajadores y el acceso a los empleos en la Administración Pública de los Estados miembros*, DOCE núm. C 72, de 18 de marzo de 1988, pág. 2.

La apertura es, pues, la mínima indispensable, y aunque se incorporó una cláusula que permitía la extensión a futuras concreciones jurisprudenciales («... a los demás sectores de la función pública a los que, según el Derecho Comunitario, sea de aplicación la libre circulación de trabajadores»), ello no impidió que España recibiera una carta de emplazamiento por parte de la Comisión amenazando con una nueva denuncia por incumplimiento.

3) Nacionalidad y Estatuto Básico

En esta tesitura, se redacta el proyecto de Estatuto básico, el cual opta por una apertura total, y no por sectores, a los empleos públicos *«salvo que impliquen una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y se trate de funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas»*.

Las novedades están, en cambio, en los beneficiarios. Éstos serán:

- a) en primer lugar, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea;
- b) en segundo lugar, los *cónyuges* de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, siempre que no estén separados de hecho o de derecho; con esto la apertura de nacionalidades es mayor que el mero ámbito de la Unión Europea, extendiéndose a cualquier extranjero;
- c) en tercer lugar, los *descendientes* de los nacionales de otros Estados miembros y los descendientes de los cónyuges tanto de los españoles como de los nacionales de otros Estados miembros (siempre que no estén separados de hecho), pero estos descendientes deben ser menores de 21 años o mayores de edad que vivan a sus expensas;
- d) en cuarto lugar, *«las personas incluidas en el ámbito de aplicación de los Tratados Internacionales celebrados por la Comunidad Europea y ratificados por España, en los que sea*

de aplicación la libre circulación de trabajadores», es decir, los nacionales de los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio, a raíz del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo celebrado con la Comunidad Europea en 1993, y cuyo artículo 28 reconoce la libre circulación de trabajadores, con lo cual se incluyen los ciudadanos de Noruega, Islandia y Liechtenstein, pero no de Suiza, que no ratificó el Acuerdo.

4) La última reforma: régimen vigente

Como se dijo anteriormente, la apertura que llevaba a cabo la Ley 17/1993 era la mínima indispensable. La Comisión, en cambio, no entendió que fuera suficiente y emitió un dictamen motivado previo a una denuncia por incumplimiento del Derecho Comunitario que remitió al Gobierno español. Dado que el Estatuto básico no salió adelante al disolverse las Cámaras, la Ley de 29 de diciembre de 1999, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, es decir, la Ley de «acompañamiento» de los Presupuestos de este año modificó, a través de su artículo 37, el artículo 1 de la Ley 17/1993, dotándole del mismo contenido que el que recogía el proyecto de Estatuto.

B) Sistema de selección

El sistema de selección presenta un evidente carácter básico por la necesidad, por un lado, de establecer un modelo parecido en el seno de todas las Administraciones Públicas y, por otro, de garantizar la igualdad en el ejercicio de un derecho fundamental como es el acceso a la función pública (art. 139 CE).

a) Sistemas selectivos y caracteres generales

El sistema sigue partiendo de la oferta de empleo público que, posteriormente, se actuaría a través de la convocatoria pública. El proyecto de Estatuto vuelve a recoger los clásicos sistema selectivos de oposición, concurso o concurso-oposición, para pasar a continuación a ofrecer una definición de cada uno de ellos:

- *«la oposición consiste en la celebración de una o más pruebas para determinar la capacidad y la aptitud de los aspirantes y fijar su orden de prelación»;*
- *el concurso consiste «en la comprobación y calificación de los méritos de los aspirantes y en el establecimiento del orden de prelación de los mismos»;*
- *«y el concurso-oposición, en la sucesiva utilización de los dos sistemas anteriores».*

La enumeración que hace el proyecto de Estatuto no implica ninguna prelación entre las distintas técnicas. Algunos, no obstante, abogan por la determinación de una preferencia. Así, de la tradición histórica, en primer lugar; de la solvencia para dar efectividad a los principios de mérito y capacidad, en segundo lugar; y de la jurisprudencia constitucional ¹⁵, que hace prevalecer la capacidad sobre el mérito, en tercer lugar, el Consejo de Estado —en su dictamen de 4 de junio de 1998 sobre el anteproyecto de la Ley reguladora del Estatuto básico de la Función Pública— consideró «que la oposición presenta mejor adecuación al sistema de carrera, asegura mayor objetividad al consistir en pruebas iguales para todos los aspirantes y facilita la selección de colectivos numerosos y homogéneos. En virtud de estas razones, el Consejo estima que sería conveniente establecer la oposición como sistema ordinario de ingreso del personal funcionario, salvo que por la naturaleza de las funciones a desempeñar o características de la plaza fuese más adecuado el concurso-oposición y, excepcionalmente, el concurso».

Nada se dice —porque en realidad poco se puede decir sin exceder el carácter básico del Estatuto— sobre el contenido de estos sistemas o de los procesos selectivos en sí, excepto que podrán incluir un curso selectivo o período de prácticas. En cualquier caso, el número de aprobados no podrá ser superior al de plazas convocadas.

El apartado 4 del artículo 15 mantiene al Cuerpo o a la Escala como catalizador del proceso selectivo, con la peculiaridad de que

¹⁵ STC 67/1989, de 16 de abril.

dichos procesos selectivos (y las pruebas en que se concretan) deberán guardar la conexión no ya con los puestos de trabajo a desempeñar (tal y como prevé hoy día el art. 19.1 de la Ley de Medidas) sino con las características y el grado de especialización de las funciones y tareas a desempeñar por cada Cuerpo o Escala y por cada categoría o grupo profesional. Lo cual, pese a la formulación legal, está acorde con la práctica administrativa, pues la regla de las adscripción indistinta hace que los puestos de trabajo que puedan desempeñar los funcionarios sean potencialmente imprevisibles, de ahí las formulaciones generales de las convocatorias.

b) Los procedimientos selectivos «bifásicos»

A) Quizás sea ésta la mayor novedad que pretende introducir el proyecto de Estatuto en el ámbito de la selección del personal. Según la previsión normativa, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas podrán autorizar la selección de funcionarios y de laborales con carácter indefinido en un procedimiento selectivo bifásico si lo justifican, bien la planificación de los recursos humanos por la naturaleza y características de las plazas a cubrir, bien el elevado número de aspirantes.

Según el artículo 15.3, *«la primera fase consistirá en la celebración de pruebas de carácter eliminatorio previa convocatoria pública. Los candidatos que las superen quedarán incluidos en una relación, que tendrá vigencia temporal no superior a tres años, con el orden de prelación que resulte de la puntuación obtenida»*. Los candidatos inscritos en esta lista tienen una doble salida. Por un lado, en ese plazo de tres años de vigencia de la «relación», se realizará como mínimo una convocatoria *«que contendrá pruebas de carácter competitivo y que incluirá el número de plazas que determinen sus ofertas de empleo público, en la que sólo podrán participar quienes estén incluidos en dicha relación»*. Por otro lado, se podrá utilizar la lista para proceder directamente al nombramiento de funcionario interinos o a la contratación de personal laboral temporal, en cuyo caso esta explotación de la lista *«habrá de hacerse por riguroso orden de puntuación entre los candidatos incluidos en la relación que resulte de la primera fase, sin que los servicios prestados interina o temporalmente puedan constituir mérito alguno para la segunda fase»*.

B) La inspiración inmediata y confesada de esta novedad hay que buscarla en el sistema de selección que aplican las Comunidades Europeas ¹⁶. En efecto, el procedimiento de ingreso en la Función Pública comunitaria se caracteriza por el desdoblamiento del mismo en dos fases netamente diferenciadas: selección y reclutamiento. La *selección* es obra de un Tribunal del concurso, nombrado a tales efectos, que, desde una autonomía orgánica y funcional y sobre la base de los principios de mérito y capacidad, elabora una lista de candidatos que superan unas pruebas eliminatorias. El *reclutamiento*, en cambio, es llevado a cabo por la propia Administración, la cual, a la luz de las listas de aptitud o de reserva elaboradas previamente por el Tribunal del concurso, elige a las personas a las que nombrará funcionarios conforme a criterios de oportunidad (adecuación al puesto de trabajo, equilibrios geográficos, experiencia profesional, etc.).

El procedimiento del concurso (la oposición, según la tradición administrativa española) se inicia con la publicación de la convocatoria. Al mismo tiempo, la Administración nombra un **Tribunal del concurso**, integrado por un presidente, una o varias personas designadas por la Administración y un funcionario designado por el Comité de Personal, que, desde una independencia orgánica y funcional, se va a encargar de realizar las pruebas de selección dentro del conjunto de condiciones establecidas por la Administración en la convocatoria.

En un primer momento, la Administración elabora la *lista de admisibilidad a la Función Pública comunitaria*, que incluye todos aquellos candidatos que reúnen los requisitos exigidos de nacionalidad, de situación regular respecto a las leyes de reclutamiento al servicio militar que les sean aplicables y de garantías de moralidad. Esta lista se remite al Tribunal del concurso, junto a los expedientes de los candidatos incluidos en la misma, para que, establecidos previamente los criterios de valoración ¹⁷, elabore la *lista de admisión a concurrir* en la que se encontrarán inscritos aquellos candi-

¹⁶ Vid. FUENTETAJA, J.A., *Función Pública Comunitaria*, Marcial Pons, Madrid 2000, pp. 194-265.

¹⁷ Sentencia de 6/12/1989, asunto 143/84, caso *Vlachou/ Tribunal de Cuentas*, Rec. 1989, p. 459.

datos que reúnan las condiciones exigidas en la convocatoria de edad, conocimientos lingüísticos, títulos y experiencia profesional. A continuación, tienen lugar las diferentes pruebas de selección, cuyo contenido queda a discreción del Tribunal del concurso y a resultas de las cuales dicho Tribunal elaborará la *lista de aptitud* con aquellos candidatos que hayan superado las pruebas y que, en la medida de lo posible, deberá contener un número de candidatos al menos doble del número de puestos de trabajo sacados a concurso (art. 30 Estatuto y art. 5 Anexo III Estatuto). Esta lista no tiene por qué estar redactada con un orden de prelación, en función de los méritos de los candidatos, aunque la práctica de algunas Instituciones así lo requiere. Posteriormente, el Tribunal comunica a la Administración la lista de aptitud, acompañada de un informe motivado del Tribunal con las observaciones de sus miembros que permita la posterior elección de la Administración y el control jurisdiccional.

El hecho de haber superado el procedimiento de selección del concurso y de estar, por tanto, inscrito en la lista de aptitud elaborada por el Tribunal del concurso no significa que el candidato vaya a ser nombrado funcionario. La selección operada sobre la base del mérito y la capacidad por el Tribunal del concurso debe ahora verse corroborada por la elección que haga la Administración de los candidatos inscritos en la lista sobre la base de criterios de oportunidad derivados de las necesidades funcionales de los puestos a proveer y de las exigencias que se derivan del equilibrio geográfico. La lista de aptitud es remitida por el Tribunal del concurso a la Administración, la cual elegirá, de entre los candidatos que figuren en la misma, aquellos que serán nombrados en los puestos vacantes. Goza al respecto de una amplia discrecionalidad, pudiendo no respetar el orden establecido en la lista¹⁸, lo cual puede dar lugar a muchos casos de favoritismo, nepotismo y corruptelas¹⁹, si bien asegura, en aras de una mayor eficacia y efectividad, la adecuación del nuevo funciona-

¹⁸ Sentencia de 15/12/1966, asunto 62/65, caso *Serio/Comisión*, Rec. XII, p. 813; de 20/9/1990, asunto T-37/89, caso *Hanning/Parlamento*, Rec. 1990, p. II-463.

¹⁹ *Vid.* VANDERSANDEN, G.: «Le recrutement des fonctionnaires et agents dans les Organisations internationales» en *Journal de Droit International*, n° 109, 1982, p. 683.

rio al puesto vacante, con lo que priman de esta manera las necesidades del servicio sobre las preferencias del candidato.

Como puede comprenderse, la traslación automática de este modelo a la Función Pública española resulta a todas luces impracticable. De ahí que haya que acoger con satisfacción las adaptaciones llevadas a cabo. En especial, el carácter competitivo de la segunda fase y que — pese al silencio del proyecto— hay que entender que se articulará a través de los procedimientos de oposición, concurso o concurso-oposición.

C) Analizando algunos aspectos del procedimiento propuesto por el Estatuto, lo primero que hay que destacar son las causas que legitiman la utilización de este procedimiento bifásico por parte de la Administración y cuya decisión, no lo olvidemos, debe ser *motivada*. Dos son, como hemos visto, los supuestos de hecho:

- 1) En primer lugar, *«cuando resulte necesario para la planificación de los recursos humanos por la naturaleza y características de las plazas a cubrir»*. De la simple lectura de este motivo uno no sabe bien a qué es lo que quiere decir el proyecto de Estatuto. Quizás —y dado que son la naturaleza y características de las plazas los elementos a tener en cuenta— se esté pensando en puestos de trabajo que requieran conocimientos especializados, de forma que la primera fase sirva para hacer una criba de candidatos, de forma que la Administración recurra a los que han superado la primera fase mediante un procedimiento selectivo en la segunda fase mucho más rápido y fácil de gestionar. Lo cual, si bien se mira, tampoco tiene mucho sentido, pues para dichas plazas el procedimiento bien podría consistir en una sola fase.
- 2) En segundo lugar, también se puede recurrir a este procedimiento *«cuando así lo aconseje el elevado número de aspirantes»*. Lo primero que sorprende en este caso es que, teórica y legalmente, no se puede saber el número de candidatos hasta que no se ha cerrado el plazo de admisión de aspirantes, con lo que la convocatoria no podría prever algo tan esencial como el recurso a este procedimiento. Por lo demás, tampoco parece que el elevado número justifique la utilización de este procedimiento. Bastaría con añadir una prueba selectiva

eliminatória más. Recordemos, por ejemplo, cómo en las oposiciones generales de las Comunidades Europeas las Instituciones tienen que lidiar con cerca de 40.000 candidatos, para lo cual sencillamente realizan unas pruebas de preselección.

La mayor virtualidad de este procedimiento queda, no obstante, escondida en el Estatuto. Con el objetivo remoto de flexibilizar la selección en el marco de una planificación plurianual, el objetivo inmediato radicaría en acortar los períodos de duración de los procedimientos selectivos, haciéndolos más adecuados para responder a las necesidades de personal detectadas en un momento dado en las unidades administrativas. Sabido es que uno de los problemas más graves del procedimiento de selección del personal al servicio de las Administraciones Públicas es el insoportable lapso de tiempo que media entre la detección de la necesidad de incorporar a una nueva persona en una unidad administrativa determinada y el momento exacto en que esa persona se incorpora efectivamente al trabajo si para ello se ha recurrido a un procedimiento de selección externo. Con los procedimientos bifásicos se pretende, en el fondo, haber quemado ya varias etapas de forma previsorá, constituyendo una cantera de candidatos a los que dirigirse en cuanto se precise nuevo personal. La necesidad de hacer esta segunda fase de forma competitiva y, más aún, hacerla depender de la correspondiente oferta de empleo público, remiten su eficacia a la configuración de estas otras técnicas.

En lo que respecta a la utilización de la lista de candidatos que han superado la primera fase para su nombramiento como interinos o su contratación temporal, tres son las apreciaciones que cabe hacer. Primero, que esto no es más que una solución temporal a la que los candidatos pueden acceder en lo que dura la vigencia de la lista (máximo 3 años) y que, por lo demás, no les impide concurrir a las pruebas de la segunda fase, teniendo en cuenta que los servicios prestados interina o temporalmente no pueden constituir mérito alguno para esa segunda fase. Segundo, que estas listas no se pueden erigir en las únicas vías para contratar interinos y persona laboral temporal. Y tercero, que el hecho de estar incluido en la relación de candidatos que han superado la primera fase, ni da derecho a ser nombrado interino o a ser contratado temporal, ni, menos aún, da derecho no ya a ser nombrado funcionario (pues hay que superar una segunda fase competitiva) sino siquiera a cualquier derecho o

expectativa que se derivase de esa transitoria situación legalmente regulada: caducada la lista, el candidato decae en sus derechos, sin ningún tipo de indemnización, y debe volver a comenzar el procedimiento desde el inicio.

2. SELECCIÓN DEL PERSONAL FUNCIONARIO

El artículo 16 del proyecto de Estatuto recoge especificaciones sobre la selección del personal funcionario, limitándose, no obstante, a concretar los requisitos para participar en los procesos selectivos y a establecer unas reglas mínimas sobre los órganos de selección. Por último, también prevé unos principios generales sobre la selección de funcionarios interinos.

A) Requisitos

Los requisitos para poder participar en los procesos conducentes a la selección de personal funcionario son los siguientes:

a) El primero hace referencia, de forma redundante, a la nacionalidad, la cual, como hemos visto, es básicamente la española o la de un Estado miembro de la Unión Europea, pudiéndose extender a otra cualquiera en el caso de sus cónyuges y sus descendientes.

b) También es preciso poseer (o estar en condiciones de obtener) la titulación exigida en el plazo de presentación de solicitudes.

c) El actual requisito de *«no padecer enfermedad o defecto físico que impida el desempeño de las correspondientes funciones»* (art. 30.1 d) LFCE) sería sustituido por la expresión —tan políticamente correcta como equivoca a primera vista— de *«capacidad funcional necesaria para el desempeño de las tareas habituales del Cuerpo o Escala correspondiente»*, pues «capacidad funcional» pudiera muy bien hacer referencia no sólo a la aptitud física sino también a la capacidad necesaria para desempeñar las funciones del Cuerpo o Escala.

d) En lo que respecta al requisito de la edad, será preciso tener cumplidos dieciocho años y no exceder de la edad de jubilación for-

zosa, edad que el proyecto de Estatuto fija, como veremos, en 65 años, salvo en aquellos Cuerpos o Escalas que tengan determinada por Ley otra edad de ingreso o jubilación.

e) Por último, en el caso de los españoles, será necesaria, bien no haber sido sancionado disciplinariamente con la separación del servicio por cualquier Administración u Órgano constitucional o estatutario, bien no hallarse en inhabilitación absoluta o especial para empleos públicos en los términos especificados por la sentencia. En el caso de los extranjeros que pueden participar en los procesos selectivos, se exige, igualmente, no estar ni inhabilitado ni sancionado conforme a la Legislación que les sea aplicable. El articulado distingue adecuadamente inhabilitación absoluta e inhabilitación especial, con lo que no se impide la participación en un proceso selectivo a un funcionario privado de un determinado empleo o cargo por sentencia penal de inhabilitación especial si se trata de acceder a empleos o cargos diferentes a los contemplados en la sentencia penal.

B) Órganos de selección

Destacar que ha desaparecido en el proyecto de Ley de 1999 la previsión de un borrador de 1996 que establecía que los órganos de selección debían estar «compuestos por funcionarios públicos», recogiendo la previsión de los artículos 11 y 12 del vigente Reglamento General de Ingreso ²⁰. Ello abre la posibilidad al riesgo teórico —por no decir «hipotético»— de la configuración de órganos de selección integrados en su totalidad por personal no funcionario, riesgo con todo menos problemático que el que plantearía la previsión antes apuntada de tener que ser funcionarios todos sus componentes ²¹ en casos como el acceso a la Función Pública Local, donde

²⁰ *Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado* (Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo).

²¹ En este sentido, PIÑAR MAÑAS advierte que el supuesto de órganos integrados sólo por funcionarios «daría injustificadamente al traste con supuestos tales como, por ejemplo, la selección de Letrados del Consejo de Estado, de cuyo Tribunal de oposiciones habrá que convenir —continúa el citado autor—

el Presidente del Tribunal lo es siempre el Presidente de la Corporación municipal²². Posibilidad esta última lamentada por autores como SÁNCHEZ MORÓN, para quienes la Legislación de Función Pública debería apuntalar la imparcialidad de los órganos de selección evitando que pudieran formar parte de los mismos representantes políticos o miembros de partidos y sindicatos²³.

Cuando el proyecto de Estatuto se remite al desarrollo ulterior que cada Administración haga sobre la composición y funcionamiento de los órganos de selección, limitándose a predicar de éstos su *naturaleza colegiada* y la necesidad de garantizar la *objetividad* en su actuación y la *idoneidad* de sus integrantes, el Legislador sigue a pies juntillas la doctrina del Tribunal Constitucional. Para éste, el hecho de que el artículo 103.3 CE afirme el principio de mérito y capacidad para acceder a la Función Pública no implica, desde el punto de vista de lo básico, un determinado esquema uniforme de las Comisiones seleccionadoras. El carácter básico únicamente exigiría «que el régimen de tales Comisiones garantice la capacidad de sus miembros para que su juicio sea libre, sin ceder a consideraciones externas y que su nivel de preparación técnica sea lo suficiente para realizar la función seleccionadora»²⁴.

Finalmente, las convocatorias podrán prever la designación de expertos que, en calidad de asesores del órgano de selección, actuarán con voz pero sin voto.

que es lógico que forme parte su Presidente e incluso algún Consejero»: PIÑAR MAÑAS, J.L.: «El proyecto de Estatuto de la Función Pública» en *Situación actual y tendencias de la Función Pública española* (Coord. Castillo Blanco), Comares, Granada 1998, p. 28.

²² Según el art. 4 del RD 896/1991, de 7 de junio, que establece las reglas básicas y programas mínimos del procedimiento de selección de los funcionarios de la Administración Local, en los Tribunales de selección «actuará como Presidente el de la Corporación o miembro de la misma en quien delegue», aparte de que «entre los Vocales figurará un representante de la Comunidad Autónoma».

²³ Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la Función Pública*, 2ª edición, Tecnos, Madrid 1997, p. 132.

²⁴ STC 85/1983, de 25 de octubre.

C) Selección de funcionarios interinos

El sistema selectivo para reclutar interinos será el que cada Administración determine. Ahora bien, el proceso selectivo se encuentra al servicio de la razón de ser de esta figura: desempeñar funciones *«por razones justificadas de necesidad y urgencia o para la ejecución de programas temporales»* (art. 10.1 proyecto de Estatuto). De ahí que el sistema selectivo deba adecuarse *«a la urgencia requerida para el desempeño transitorio de los puestos de trabajo o de las funciones correspondientes»*, y siempre en el marco de los ya consabidos principios de igualdad, mérito y capacidad y de publicidad.

3. SELECCIÓN DEL PERSONAL LABORAL

Se exigen los mismos requisitos de participación en los procesos selectivos que en el caso del personal funcionario, excepto en el caso de la edad (bastarán 16 años, salvo disposición específica de la Ley o de un Convenio Colectivo) y de la nacionalidad.

Y es que no se exige la nacionalidad española, lo cual se encuentra en consonancia con la vigente ley que regula los derechos y libertades de los extranjeros (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero) que establece en su artículo 10.2 que *«los extranjeros podrán acceder como personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. A tal efecto —continúa diciendo el precepto—, podrán presentarse a las ofertas públicas de empleo que convoquen las Administraciones Públicas»* ²⁵. No se sabe muy bien por qué, este artículo no recoge la excepción que sí preveía el anterior art. 5.1 (LO 7/1985) y conforme a la cual los extranjeros no podían acceder al desempeño de cargos públicos o que implicasen *ejercicio de autoridad*, previsión esta que los Tribunales interpretaban como encaminada a *«vetar a los extranjeros el acceso a las tareas de gestión y protección de intereses generales normalmente conectados con el*

²⁵ El proyecto de Ley aprobado por el Consejo de Ministros el pasado 7 de julio encaminado a reformar diferentes aspectos de la citada Ley tan solo añade al precepto transcrito la coletilla *«que se encuentren legalmente en España»* relativa a la voz *extranjeros*.

ejercicio de la soberanía estatal, o lo que es lo mismo, una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de las Administraciones Públicas»²⁶.

Este silencio crea, además, la paradójica situación de que los extranjeros tienen un derecho a acceder como personal laboral a la Función Pública caracterizado por la universalidad de su objeto (siempre, obviamente, dentro de los límites estructurales de las funciones que puede desempeñar esta clase de personal, cuya descripción no deja claro que en ningún caso puedan ejercer potestades públicas), mientras que los extranjeros nacionales de Estados miembros de la Unión Europea gozan de un derecho a acceder a todos los empleos de la Función Pública siempre que el contenido de los mismos no implique ejercicio de potestades públicas.

IV. COMIENZO Y EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN DE SERVICIO FUNCIONARIAL

1. ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE FUNCIONARIO DE CARRERA

La adquisición de la condición de funcionario, una vez superado el correspondiente proceso selectivo, precisa el cumplimiento sucesivo de las siguientes formalidades.

1) En primer lugar, el nombramiento definitivo por el órgano o autoridad competente, nombramiento que, por un lado, se supedita a que los candidatos acrediten previamente que reúnen los requisitos y condiciones exigidos en la convocatoria y, por otro lado, se complementa con su publicación en el Boletín Oficial correspondiente.

2) En segundo lugar, se exige el juramento o promesa de cumplir fielmente las obligaciones del cargo y guardar y hacer guardar la Constitución y, en su caso, el Estatuto de Autonomía correspondiente.

²⁶ Sentencia de 10 de julio de 1998 de la Sala de lo Social de TSJ de Andalucía.

3) En tercer y último lugar, es necesaria la toma de posesión, dentro del plazo que cada Ley de Función Pública establezca, requisito éste que, según PARADA, «evoca la vieja concepción de los oficios públicos como propiedades y que como éstas se adquieran en base a un título y un modo (art. 609 Código Civil)»²⁷.

2. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN DE SERVICIO

Sobre las causas de extinción de la relación de servicio, nada nuevo bajo el sol: renuncia; pérdida de la nacionalidad tenida en cuenta para el nombramiento; sanción disciplinaria de separación del servicio; pena de inhabilitación y jubilación, en sus modalidades de forzosa (a los 65 años, aunque se pueda prolongar voluntariamente hasta los 70), voluntaria y por incapacidad permanente.

Lo más destacable es la problemática asunción administrativa de las penas de inhabilitación, ya sea absoluta, ya especial, en el ámbito de la Legislación de Función Pública. El alcance de dichas penas resulta diverso según se tengan en cuenta a efectos de la selección o de la extinción de la relación de servicio. Por un lado, la pena de inhabilitación absoluta (con una duración de seis a veinte años) produce la privación definitiva del empleo público que tuviere el penado y la incapacidad para obtener cualquier otro empleo público (art. 41 CP), universalidad de empleos públicos que limita la pena de inhabilitación especial (duración de seis meses a veinte años), pues la sentencia que la impone deberá especificar los empleos (art. 42 CP).

En cualquier caso, el supuesto más problemático de ambas penas viene dado por sus efectos de extinción de la relación funcional, pues la eficacia temporal penal de las mismas (la que determine la sentencia, máximo veinte años) no se corresponde con la eficacia temporal administrativa al haber recogido la Legislación de Función Pública estas penas como causas de extinción de la relación funcional, con unos efectos autónomos a los del pronunciamiento penal. De hecho, la jurisprudencia considera que la pérdida de la condición de funcionario como consecuencia de la imposición de

²⁷ PARADA, R., *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, 13ª edición, Marcial Pons, Madrid 1999, p. 463.

una pena de inhabilitación no constituye ni una sanción disciplinaria —lo cual es claro— ni la ejecución por la Administración de los efectos administrativos de una condena penal —lo cual no está tan claro—, sino simplemente la aplicación de la Legislación funcional que prevé, como supuesto de hecho, la imposición de la sanción penal para poner fin a la relación de servicio²⁸. Los efectos de la actuación administrativa serían —para el Tribunal Supremo— constitutivos y no meramente declarativos de los efectos propios de la actuación penal pues no se trata de «la ejecución por la Administración de los efectos administrativos de una condena penal». Todo esto es muy discutible, pues aunque la Legislación de Función Pública callase sobre este extremo, la sentencia penal tendría una eficacia directa, que no es otra que privar al funcionario de su condición funcional; la Administración no haría otra cosa que ejecutar esos «efectos administrativos» de la sentencia penal.

Esta bizantina disociación que lleva a cabo el Tribunal Supremo tiene su origen en una contradicción interna de la propia pena de inhabilitación: ésta tiene una duración determinada pero, paradójicamente, puede producir y de hecho produce unos efectos que se prolongan mucho más allá de su duración. Esta asimetría entre la duración de los efectos penales y de los efectos administrativos, presente ya en la estructura interna de la propia pena de inhabilitación, ha llevado a un sector de la doctrina penal a propugnar su desaparición para quedar subsumida en la pena de *suspensión*, mediante la cual y de forma temporal no se priva al penado de su empleo sino simplemente del ejercicio de sus funciones²⁹. Esto desde el punto de vista estrictamente penal.

En el ámbito administrativo, y como consecuencia de la estructura interna de la pena de inhabilitación, si la decisión administrativa de declaración de la pérdida de la condición de funcionario no fuese más que la prolongación administrativa y automática de la sentencia penal, el acto administrativo quedaría privado de cobertura una vez que la pena ya no produce efectos. De ahí que se busque artificialmente la cobertura en una previsión Legislativa administrativa que

²⁸ SSTs de 27 de octubre de 1999, de 18 de mayo de 1998, de 13 de marzo de 1995 y de 15 de marzo de 1994, entre otras.

²⁹ STC 7/1992, de 16 de enero.

es una mera redundancia de la Legislación penal, pero cuya redacción permite que la eficacia administrativa de la decisión administrativa se prolongue en el tiempo más allá de la vigencia de la sentencia penal.

El Legislador ha terciado en la cuestión, matizando parcialmente los efectos definitivos de la pérdida de la condición de funcionario a través de la figura de la **rehabilitación** de funcionarios públicos. Introducida por el art. 105 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, que modificó el art. 37 LFCE, la técnica —con parecida redacción— pasaría al proyecto de Estatuto. La rehabilitación se configura como una potestad de la Administración, en unos casos reglada y en otros discrecional. Es reglada cuando se trata de pérdida de la nacionalidad o jubilación por incapacidad permanente, pues con la desaparición de esas dos causas objetivas el interesado podrá solicitar la rehabilitación de la condición de funcionario.

En el supuesto de sanción disciplinaria de separación del servicio o penas de inhabilitación, absoluta o especial, según la redacción del artículo, *«una vez extinguidas sus responsabilidades»* la Administración podrá rehabilitarlos *«apreciando las circunstancias de todo orden que concurrieron en el momento de la comisión del delito o falta, su entidad y la conducta del funcionario con anterioridad y posterioridad a la separación o inhabilitación»*.

La extensión de la aplicación de la rehabilitación a los casos de sanción disciplinaria es una desafortunada novedad del proyecto de Estatuto. En efecto, resulta complicado discernir cuándo se podrá actuar la rehabilitación en caso de sanción disciplinaria de separación del servicio. La sanción disciplinaria de separación del servicio constituye una sanción definitiva, por lo que difícilmente se podrán considerar «extinguidas sus responsabilidades», toda vez que la responsabilidad disciplinaria, una vez impuesta la sanción, sólo se podría extinguir por caducidad, consistente en el paso del tiempo tras la imposición del castigo sin que se lleve a efecto. Pero si no se ha llevado a efecto la sanción, es que el funcionario no ha sido separado del servicio.