

JURISPRUDENCIA Y BIBLIOGRAFÍA SOBRE LA FUNCIÓN PÚBLICA*

Gemma Geis i Carreras**

Resumen

El artículo analiza las novedades jurisprudenciales y doctrinales aparecidas tras la aprobación del Estatuto básico del empleado público. En este sentido se inicia un recorrido por las últimas sentencias del Tribunal Constitucional respecto al derecho fundamental de acceso a la función pública, pasando por los requisitos de acceso a la función pública, las garantías del procedimiento de selección en cuanto a las medidas de discriminación positiva, políticas de igualdad e inserción de personas discapacitadas y finalizando con la adquisición y pérdida de la condición de funcionario. Hay que destacar que el contexto de crisis económica actual está presente en el trabajo. La aprobación de medidas de mayor control del déficit público ha comportado la impugnación ante los tribunales de justicia de la adopción de medidas que afectan a los derechos retributivos de los empleados públicos, especialmente del personal laboral. Por otra parte, se hace mención a la publicación de trabajos que reflexionan sobre las medidas de reorganización administrativa, reducción de trabajadores públicos, incidencia de la reforma laboral en la negociación colectiva y modificación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos en el seno de las administraciones públicas.

THE CIVIL SERVICE: CASE LAW AND LITERATURE**Abstract**

This article analyzes the novelties in case law and doctrine that have appeared subsequent to the passage of the Basic Statute for Public Employees. In this regard, the article reviews the most recent sentences of the Constitutional Court regarding the fundamental right of access to the civil service, including the requirements for joining the civil service, the guarantees of the selection procedure with respect to affirmative action and the policies for the equality and inclusion of persons with disabilities, and lastly, the acquisition and loss of one's status as a civil servant. It should be emphasized that the context of the current economic crisis is present in this paper. The passage of measures to better control the public deficit has meant that the adoption of measures affecting the rights of compensation of public employees, especially, those civil servants employed on a group contract basis, has been challenged in the courts. On the other hand, mention is made of the publication of papers that reflect on the measures of administrative reorganization, the reduction in the number of public sector workers, the effect of labor reform on collective bargaining and the modification of working conditions for public workers working for public authorities.

* **Nota:** esta versión es una traducción del artículo original en catalán.

** Gemma Geis i Carreras, profesora lectora de derecho administrativo, Universidad de Girona, Campus Montilivi, 17071, Girona, gemma.geis@udg.edu.

Artículo recibido el 12.05.2012. Evaluación ciega: 04.06.2012. Fecha de aceptación de la versión final: 21.09.2012.

Citación recomendada: GEIS I CARRERAS, Gemma. «Jurisprudencia y bibliografía sobre la función pública». *Revista catalana de dret públic*, pp. 169-190.

Sumario

Introducción

1. La reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo respecto del derecho de acceso a la función pública del artículo 23 de la Constitución española
2. La competencia exclusiva del Estado del régimen estatutario de los funcionarios públicos del artículo 149.1.18 CE y la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con los requisitos de titulación para la promoción interna y la nivelación de las retribuciones básicas
3. El personal al servicio de las administraciones públicas. Especial referencia al personal directivo después del Estatuto básico del empleado público
4. El procedimiento de selección en la función pública
 - 4.1. Los requisitos de acceso a la función pública
 - 4.2. El procedimiento de selección y la discriminación positiva: la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres y la reserva legal para personas discapacitadas
 - 4.3. El procedimiento de selección y el principio de publicidad
 - 4.4. El sistema de provisión de puestos de trabajo
5. La incidencia de la crisis económica en los derechos retributivos de los empleados públicos
6. Adquisición y pérdida de la condición de funcionario

Bibliografía

Introducción

El estudio de la función pública es una materia clásica en el derecho público. La doctrina ha tomado en consideración el examen de la evolución y configuración del sistema de función pública español, atendiendo a las particularidades de cada comunidad autónoma fruto de su desarrollo legislativo. Sobre la Administración pública, el artículo 103.1 de la Constitución española concreta que deberá garantizar con objetividad los intereses generales y actuar de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con plena sumisión a la ley y al derecho. El cumplimiento de estas finalidades motiva el estudio por la doctrina del derecho en la función pública, por tratarse de un instrumento para la consecución de dichos objetivos.¹

El derecho a la función pública es objeto de estudio por disciplinas del derecho público tales como el derecho constitucional o el derecho administrativo. No obstante, el aumento del personal laboral en el seno de las administraciones públicas ha supuesto que la disciplina del derecho del trabajo y la Seguridad Social cobre mayor relevancia, especialmente en relación con la negociación colectiva y la modificación de las condiciones de trabajo.

Este artículo pretende realizar una exposición de la jurisprudencia más reciente en materia de función pública, así como hacer mención a los últimos trabajos publicados por la doctrina. Por otra parte, este estudio no puede obviar el contexto actual de crisis económica y su afectación sobre el personal en el seno de las administraciones públicas con la aprobación de medidas de reforma y austeridad. En los próximos meses se vislumbran nuevas reformas que modificarán la configuración actual del derecho en la función pública.

En este sentido el presente artículo se centra en la jurisprudencia y la doctrina aparecida tras la aprobación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público (en adelante EBEP), ya que hasta entonces, en palabras de MARTÍN REBOLLO,² no existía un estatuto básico de la función pública con este nombre y con texto único.³ La aprobación del EBEP motivó que la doctrina publicara una serie de trabajos en que se exponían las novedades del texto legislativo así como se formulaban las críticas correspondientes. Hay que destacar, en primer término, la aparición del libro *Comentaris al règim estatutari dels empleats públics* publicado por la Escuela de Administración Pública de Cataluña, en el que especialistas en la materia analizan el nuevo régimen jurídico en materia de función pública desde una óptica catalana, dada la aprobación del Estatuto de autonomía de Cataluña.⁴

El EBEP también ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina. En este sentido, MAURI MAJÓS sostiene que la principal laguna en el EBEP es la ausencia de una función de recursos humanos capaz de

¹ Una obra clásica de un autor que siempre se ha mostrado preocupado por esta materia es NIETO, A., *La organización del desgobierno*, Barcelona, Ariel, 1988.

² MARTÍN REBOLLO, Luis, *Leyes Administrativas*, Aranzadi, 17ª ed., 2011, pp. 191-192.

³ Sobre la perspectiva histórica de la evolución legislativa de la función pública, vid. PALOMAR OLMEDA, Alberto, *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Madrid, Dykinson, 9ª ed., 2011, pp. 13-68. El EBEP ha sido modificado por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

⁴ CAMINO, J. P., y TARRÉS, M. (coords.), *Comentaris al règim estatutari dels empleats públics*, Barcelona, Escola d'Administració Pública de Catalunya, 2009.

desarrollar una serie de políticas modernas. Por otra parte, manifiesta que cuando se pretenden abordar en serio problemas de la función pública tales como la evaluación del trabajo con incidencia en la carrera, las retribuciones, la provisión de puestos de trabajo, la profesionalización de la negociación colectiva en el sector público o la constitución de una infraestructura ética para la gestión del trabajo público es preciso dotarse de medios personales cualificados para la gestión de los recursos humanos en el sector público como la creación de oficinas de selección de personal, escuelas de Administración pública, agencias para la representación pública en la negociación colectiva, sistemas de solución de conflictos o bien la creación de un comité de ética pública. Una segunda crítica se centra en que el EBEP crea normas comunes para el personal laboral y funcionario, lo que provocará que converjan las problemáticas en dos órdenes jurisdiccionales con diferentes principios y procedimientos que podrán resolver de manera contradictoria, y ello, según MAURI MAJÓS, atenta contra el principio de seguridad jurídica y puede suponer una lesión al principio de igualdad en aplicación de la ley.⁵

Con carácter general, hay que destacar dos monografías que son una referencia para el estudio del derecho en la función pública con relación al régimen jurídico surgido con el EBEP. En primer lugar la obra dirigida por el profesor SÁNCHEZ MORÓN en la que colaboran autores como CASTILLO BLANCO, PALOMAR OLMEDA o SALA FRANCO. En esta obra, inmediatamente posterior a la aprobación del EBEP, se elabora un comentario sistemático de cada uno de los preceptos del EBEP, siendo importante hacer constar que Sánchez Morón presidió la Comisión de Expertos encargada de emitir el Informe que justificaba la necesidad de elaborar un estatuto básico.⁶ De ahí que resulte importante la lectura del apartado tercero del capítulo primero, relativo a «los fundamentos de la nueva legislación», porque permite conocer los motivos que justificaron la aprobación del Estatuto básico de la función pública.

Por otra parte, apareció un manual coordinado por CASTILLO BLANCO,⁷ *Manual de Empleo Público*, en el que participan especialistas de varias disciplinas que entroncan con la materia tales como derecho administrativo y derecho del trabajo y la seguridad social.

Finalmente, cabe mencionar la salida a la luz de la segunda edición de otro de los manuales básicos sobre el EBEP, el de PALOMAR OLMEDA, *Derecho de la Función Pública*, en el que critica la parálisis y demora en la aplicación del modelo previsto en el EBEP. Concretamente, PALOMAR OLMEDA señala que solo la Comunidad Valenciana ha desarrollado el EBEP.⁸ En Cataluña continúa vigente el Decreto legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba la refundición en un texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública. Ello provoca, en palabras

⁵ MAURI I MAJÓS, Joan, «Análisis general del Estatuto básico del empleado público: problemas, soluciones y huidas», en *Cuadernos de Derecho Local*, n.º. 19, 2009, pp. 7-23.

⁶ SÁNCHEZ MORÓN, M. (dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid, Lex Nova, 2ª ed., 2008. Cabe mencionar que la primera edición se produjo el mismo año 2007, año de aprobación del EBEP. Además, hay que recomendar el manual del propio profesor SÁNCHEZ MORÓN, en el que cada nueva edición incorpora las novedades jurisprudenciales e incide en la normativa aprobada sobre la materia por las diferentes comunidades autónomas, convirtiéndose en referente para el estudio del derecho en la función pública; SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la Función Pública*, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 2011.

⁷ CASTILLO BLANCO, F. A., y Quesada Lumbreras, J., *Manual de Empleo Público*, Madrid, Iustel, 2009.

⁸ PINAZO HERNANDEZ, Javier, «El nuevo régimen de la Función Pública valenciana», *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, n.º. 38, 2011, pp. 117-140.

del autor, una demora que complica la interpretación del modelo y hace necesario interpretar su régimen jurídico al amparo de nuestro presente, pasado y futuro.⁹

Por otra parte, se citará la jurisprudencia notoria más reciente sobre función pública, básicamente del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional, haciendo alguna referencia a la jurisprudencia europea.¹⁰

1. La reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo respecto del derecho de acceso a la función pública del artículo 23 de la Constitución española

El acceso a la función pública garantizado en el artículo 23 de la Constitución española ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia n.º. 27/2012, de 1 de marzo, en relación con el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la disposición transitoria cuarta de la Ley del Parlamento de Andalucía 8/1997, de 23 de diciembre, por la que se aprueban medidas en materia tributaria, presupuestaria, de empresas de la Junta y otras entidades, de recaudación, de contratación, de función pública y de fianzas de arrendamientos y suministros, por posible infracción de los artículos 14 y 23.2 de la Constitución española. En este caso, se plantea la desproporción en la valoración de la experiencia profesional como mérito en la fase de concurso del sistema de selección de concurso-oposición libre para las plazas correspondientes a dotaciones de personal interino de la Administración General de la Junta de Andalucía.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 1 de marzo de 2012, ha estimado la constitucionalidad de establecer un trato de favor en supuestos excepcionales, en un procedimiento de selección de unos aspirantes frente a otros, así como la valoración como mérito de la experiencia profesional, en tanto que la consideración de los servicios prestados no es ajena al concepto de mérito y capacidad. El tiempo efectivo de servicio refleja la aptitud o capacidad para desarrollar una función o trabajo público y supone que estos méritos se reconozcan y valoren. El Tribunal Constitucional entiende en el fundamento jurídico 5 que:¹¹ «La posibilidad de obtener 9,5 puntos por la experiencia profesional representa un porcentaje claramente superior al 45 por 100 de la nota total de la fase del concurso: 14,5 puntos. Estas circunstancias suponen primar sensiblemente a los participantes que contaran con servicios prestados en la Administración convocante, que se presenta desproporcionado, más aun cuando en la fase de concurso se establece como eliminatoria y existe una nota de corte que dificulta en exceso que los participantes sin experiencia profesional puedan, siquiera, acceder a la fase de oposición». Por este motivo el Tribunal Constitucional considera que la valoración de la experiencia profesional en la norma implica un beneficio

⁹ PALOMAR OLMEDA, Alberto, *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Madrid, Dykinson, 9ª ed., 2011.

¹⁰ PUERTA SEGUIDO, Francisco, «La función pública de la Unión Europea», en ORTEGA ÁLVAREZ, Luis; DE LA SIERRA MORÓN, Susana (coords.), *Estudios de la Unión Europea*, Universidad de Castilla-La Mancha, 2011, pp. 249-280. Hay que citar un último estudio que defiende un modelo europeo de función pública: POTVIN-SOLIS, L., *Vers un modèle européen de la fonction publique? Neuvièmes journées d'études du Pôle européen Jean Monnet*, Bruselas, Bruylant, 2011.

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional n.º. 27/2012, de 1 de marzo. Ponente: Sr. Ramón Rodríguez Arribas. JUR 2012/113594.

desproporcionado a unos participantes respecto de otros, sin que concurran en el caso concreto las exigencias derivadas de la jurisprudencia de concurrir unas circunstancias concretas y singulares.¹²

La garantía del derecho al acceso a la función pública en condiciones de igualdad también es objeto de protección en la jurisprudencia ordinaria. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2010 interpreta que constituye un deber de las administraciones públicas incluir en la oferta pública de empleo las plazas vacantes ocupadas por personal interino o temporal y, por lo tanto, publicar la convocatoria de selección en el plazo correspondiente. Al respecto, el profesor SÁNCHEZ MORÓN expone en su último artículo que el Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto básico del empleado público (2005) criticaba la situación de interinato o contratación temporal del personal público en las administraciones públicas porque «está poniendo seriamente en cuestión todo el sistema constitucional de garantías relativo al acceso al empleo público, e inclusive está llevando a la quiebra otros elementos del propio sistema, como la misma oferta pública, con la garantía de publicidad que supone».¹³ Esta consideración tuvo su traslación jurídica en la configuración del artículo 10.4 del EBEP, relativo a los funcionarios interinos: «En el supuesto previsto en la letra *a* del apartado 1 de este artículo, las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización». La vulneración de este precepto mediante un acuerdo que evite la inclusión de estas plazas en la oferta pública de empleo supone una vulneración del derecho fundamental al acceso a la función pública del artículo 23.2 de la Constitución española; así lo interpreta el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de octubre de 2010, fundamento jurídico 2: «No hay mayor negación del derecho consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución que la negación de los procesos públicos de selección legalmente establecidos. Frente a dichos preceptos no cabe admitir los argumentos de la Administración recogidos en la sentencia de que el hecho de no sacar todas las plazas de interinos se debía a la razón de mejorar los procesos selectivos futuros, impidiendo bajara la calidad de los seleccionados y que en el futuro no pudieran haberse ofertas públicas, al no existir vacantes». En el mismo fundamento jurídico 2 hace referencia a los motivos económicos, interpretación trascendente esta dada la actual situación económica, advirtiendo el Tribunal Supremo que: «Tampoco cabe alegar motivos económicos y de autoorganización, pues las plazas están presupuestadas y ocupadas por funcionarios interinos. En consecuencia, lo que no puede alegarse es el incumplimiento de la ley, cuando es clara y precisa, en desarrollo precisamente del derecho fundamental». Para SÁNCHEZ MORÓN es innegable la trascendencia práctica de esta jurisprudencia en tanto permitirá a los ciudadanos impugnar las ofertas de empleo público ilegales a través del procedimiento especial de defensa de los derechos fundamentales. En palabras de este autor: «No es constitucionalmente posible prolongar artificialmente las situaciones de interinidad. Pues la defensa a ultranza de la situación de permanencia de los interinos en plazas vacantes que no desempeñen por sustitución no constituye un interés legítimo, ya que supone un privilegio para los beneficiarios y la

¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2011 (ponente: Sr. Vicente Conde Martín de Hijas. RJ 2012/3066), respecto de la valoración de la experiencia profesional de los servicios efectivamente prestados con independencia de la categoría profesional conforme a la cual se contrató al aspirante en el concurso de acceso a la función pública.

¹³ SÁNCHEZ MORÓN, M., «Informe jurídico sobre el deber de las administraciones públicas de incluir en la oferta pública de empleo las plazas vacantes ocupadas por personal interino o temporal y publicar en plazo las correspondientes convocatorias de selección», *Revista de Administración Pública*, Madrid, n.º. 187, enero-abril de 2012, pp. 379-395.

quiebra de la igualdad de oportunidades amparada por la Constitución». En último término, cabe señalar que esta jurisprudencia se ha visto afectada por la aprobación del Real decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, cuyo artículo 3, bajo el título «Oferta de empleo público y otro instrumento similar de gestión de la provisión de necesidades de personal», ha establecido con carácter general la imposibilidad de incorporar nuevo personal al sector público.

2. La competencia exclusiva del Estado del régimen estatutario de los funcionarios públicos del artículo 149.1.18 CE y la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con los requisitos de titulación para la promoción interna y la nivelación de las retribuciones básicas

El Estado posee la competencia exclusiva en relación con el régimen estatutario de los funcionarios públicos al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución española. Ahora bien, los límites de esta han sido objeto de controversia ante el Tribunal Constitucional.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional nº. 2/2012, de 13 de enero,¹⁴ el máximo intérprete constitucional ha estimado las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas respecto al requisito de titulación para la promoción interna de policías locales que exige la Ley del Parlamento de Canarias 6/1997, de 4 de julio, de coordinación de policías locales, y Ley del Parlamento de Andalucía 13/2001, de 11 de diciembre, de coordinación de las policías locales. El Tribunal Constitucional argumenta que establecer requisitos de titulación en la promoción interna del acceso al cuerpo de policía local que vayan más allá de lo establecido, en el caso de la sentencia, por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, es inconstitucional porque se trata de una competencia estatal al amparo del artículo 149.1.18 CE. Esta jurisprudencia nace con la Sentencia del Tribunal Constitucional nº. 175/2011, de 8 de noviembre, que apreciaba la inconstitucionalidad de la disposición transitoria segunda de la Ley 7/1994, del Parlamento de Cantabria, de 19 de mayo. La titulación es un requisito esencial para la promoción interna y el Tribunal Constitucional considera que se integra en el concepto de régimen estatutario y tiene carácter básico (FJ 5): «En este ámbito funcional la regulación de las materias de promoción interna y titulación ostentan carácter básico *ex art.* 1.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, y se encuadra sin dificultad en el régimen estatutario de los funcionarios públicos del art. 149.1.18 CE, resultándoles aplicables los art. 22.1 y 25 de la Ley 30/1984». En consecuencia, la legislación autonómica en materia de función pública no podrá establecer requisitos respecto de la titulación y la promoción interna que conculquen lo establecido por el EBEP debido a que forma parte del «régimen estatutario de los funcionarios públicos» y, por lo tanto, es competencia exclusiva del Estado al amparo del título competencial del artículo 149.1.18 CE.

¹⁴ Y con posterioridad respecto del requisito de titulación y la competencia del Estado, Sentencia del Tribunal Constitucional nº. 3/2012, de 13 de enero. Ponente: Sr. Luis Ignacio Ortega Álvarez; Sentencia del Tribunal Constitucional nº. 4/2012, de 13 de enero. Ponente: Sra. Adela Asua Batarrita.

Por otra parte, la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha considerado que el establecimiento de bases del régimen jurídico de la función pública que persigan conseguir una mínima y fundamental homogeneidad en los derechos retributivos de los funcionarios es una competencia exclusiva del Estado a tenor del artículo 149.1.18 CE. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional nº. 86/2009, de 23 de febrero, analiza la inconstitucionalidad del artículo 82.2.a de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la función pública de Canarias, por el que «en ningún caso el sueldo de los funcionarios pertenecientes a los cuerpos o escalas del grupo E podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional». El Tribunal Superior de Justicia de Canarias planteó una cuestión de inconstitucionalidad al entender que este precepto vulneraba el artículo 24.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas urgentes de reforma de la función pública (LMRFP), de carácter básico, por considerar que se trata de una competencia estatal ya que forma parte de las bases del régimen jurídico de la función pública. El Tribunal Constitucional estima la inconstitucionalidad del precepto argumentando que en el artículo 24.1 LMRFP, con independencia de la aprobación de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, se incluyen las retribuciones básicas. El Tribunal Constitucional expresa que «toda vez que la consideración del sueldo como una de las retribuciones básicas de los funcionarios figura en ese párrafo a del art. 23.2, expresamente mencionado en el art. 24.1 ambos de la LMRFP, puede concluirse sin mayor desarrollo argumental que el sueldo ha figurado siempre entre los conceptos retributivos de los funcionarios comprendidos en la base del art. 24.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública». Por lo tanto, el concepto de bases del régimen jurídico de la función pública incluye cualquier medida que incida en la regla general que garantiza la igualdad en uno de sus conceptos, por ejemplo, el sueldo. Por ese motivo, la nivelación de retribuciones básicas del artículo 24.1 LMRFP, en tanto busca una mínima y fundamental homogeneidad, es un aspecto esencial en este régimen jurídico como son los derechos retributivos de los funcionarios.

Debe destacarse, por último, que la Sentencia del Tribunal Constitucional nº. 31/2010, de 28 de junio, no estima pretensión de inconstitucionalidad del artículo 136.a y b del Estatuto de autonomía de Cataluña relativo a «la función pública y el personal al servicio de las administraciones públicas catalanas». Véase al respecto la edición especial de la *Revista catalana de dret públic* referida a la interpretación por el Tribunal Constitucional de la Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña de 2006.¹⁵

3. El personal al servicio de las administraciones públicas. Especial referencia al personal directivo después del Estatuto básico del empleado público

El EBEP ha modificado el *statu quo* relativo a la tipología del personal público existente en el seno de las administraciones públicas desde la aprobación de la LMRFP, con la previsión completa de la figura del

¹⁵ En especial respecto de la distribución competencial del Estatuto de autonomía de Cataluña y la Sentencia del Tribunal Constitucional nº. 31/2010, BARCELÓ, M.; BERNADÍ, X.; VINTRÓ, J. (coords.), «Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña de 2006», *Revista catalana de dret públic*, Barcelona, 2010, pp. 249-381.

personal directivo. No obstante, hay que hacer referencia a la mayor presencia del personal laboral en el seno de las administraciones públicas, lo que justifica una mayor regulación de esta figura en el EBEP. Esta laboralización de la función pública y, por lo tanto, la existencia de un mayor número de trabajadores públicos en régimen laboral ha supuesto la aparición de interesantes monografías que analizan esta tipología de trabajador público. A considerar la obra de RAMOS MORAGUES, en la que elabora un minucioso trabajo de descripción y análisis sobre el personal laboral atendiendo al contexto de crisis económica. Por su interés, cabe destacar los siguientes aspectos: las modalidades de contratación del personal laboral y de la relación laboral del empleado público; los derechos colectivos de los empleados públicos; el régimen retributivo del personal laboral haciendo mención a las limitaciones previstas en la Ley general de Presupuestos del Estado; la modificación de las prestaciones de trabajo; la movilidad funcional y geográfica; y por último, aunque no menos importante, la problemática relativa a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo.¹⁶

El régimen jurídico del personal laboral ha sufrido importantes reformas aprobadas con el fin de hacer frente a la crisis económica; así, se aprobó el Real decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, y con posterioridad el Real decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. La reforma del artículo 83.2 del Estatuto de los trabajadores, relativo a la negociación colectiva,¹⁷ no tendrá incidencia en las entidades locales según BOLTAINA, en un trabajo publicado sobre la negociación colectiva de las condiciones de trabajo del personal en las corporaciones locales, porque casi todas han alcanzado un convenio colectivo.¹⁸

El artículo 13 del EBEP concreta la creación del personal directivo en el seno de las administraciones públicas, medida que el legislador anunció como novedad en la exposición de motivos.¹⁹ La monografía de MAESO SECO aborda un estudio específico sobre *El personal directivo público en España. Su régimen jurídico antes y después del EBEP*, donde califica como primicia normativa el mencionado artículo.²⁰ Según este autor, la figura del personal directivo no había sido objeto de atención por parte de la doctrina jurídica, siendo la doctrina no jurídica la que había abordado su análisis. Hay que mencionar que, con anterioridad a esta última publicación, JIMÉNEZ ASENSIO ha sido uno de los autores, desde una visión constitucionalista, de obras sobre el régimen jurídico del personal directivo en la función pública en las que defiende la necesidad de esta figura y establece criterios para su desarrollo y actividad al amparo de la

¹⁶ RAMOS MORAGUES, Francisco, *El personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, La Ley, 2011.

¹⁷ El artículo 83.2 del Estatuto de los trabajadores, con la regulación de las unidades de negociación, se ha visto modificado por el Real decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, en los siguientes términos: «2. Las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, de carácter estatal o de Comunidad Autónoma, podrán establecer, mediante acuerdos interprofesionales, cláusulas sobre la estructura de negociación colectiva, fijando, en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito».

¹⁸ BOLTAINA BOSCH, X., *La negociació col·lectiva de les condicions de treball del personal laboral de les corporacions locals després de la Llei 7/2007, de 12 d'abril, d'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic*, Barcelona, Associació Catalana de Municipis i Comarques, 2011.

¹⁹ Respecto del personal directivo véase BOLTAINA BOSCH, X., «El dret a la negociació col·lectiva dels funcionaris en l'Estatut bàsic de l'empleat públic», *Comentaris al règim estatuari dels empleats públics*, Barcelona, Escola d'Administració Pública de Catalunya, 2009, pp. 51-77.

²⁰ MAESO SECO, Luis F., *El personal directivo público en España*, Madrid, La Ley, 1ª ed., 2011.

legislación aplicable.²¹ Una última monografía es la coordinada por BERMEJO VERA, donde hay que destacar el capítulo IV en el que se exponen las bases y propuestas para la configuración del régimen jurídico de los directivos públicos, delimitando el mínimo común denominador establecido en el EBEP, analizando las lagunas existentes en el texto del EBEP y justificando una serie de medidas para la aprobación de un reglamento sobre los directivos públicos.²² En este sentido, la configuración reglamentaria del personal directivo pasa por delimitar el ámbito funcional propio del personal directivo y sus funciones, establecer un régimen retributivo propio, diseñar un sistema de selección que garantice los principios constitucionales pero adaptado al perfil de este personal y, por último, un sistema de evaluación del desempeño de las tareas.

Los funcionarios públicos tienen que desarrollar su tarea con objetividad y atendiendo a los intereses generales al amparo del artículo 103.3 de la Constitución española. Este mismo precepto constitucional concreta que «la ley regulará el sistema de incompatibilidades de los funcionarios públicos». La Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal de las administraciones públicas, establece con carácter general las incompatibilidades a las que están sometidos los funcionarios públicos. En Cataluña se ha desarrollado una normativa específica sobre el régimen de incompatibilidades de los altos cargos de Cataluña con la aprobación de la Ley 13/2005, de 27 de diciembre. Garantizar el cumplimiento del régimen de incompatibilidades es preceptivo para asegurar la actuación objetiva de los funcionarios, aunque el ámbito subjetivo de aplicación del régimen de incompatibilidades sea más extenso. Al respecto, LORENZO DE MEMBIELA publica una extensa y minuciosa monografía sobre las incompatibilidades a las que están sometidos los funcionarios públicos.²³ Es preciso destacar la exposición sobre el ámbito subjetivo de aplicación, así como la distinción de este régimen en función de la Administración a la que se adscribe el funcionario público. Entre otros, se hace referencia al personal militar, al trabajador público de carrera de la Administración General del Estado, al personal al servicio de las comunidades autónomas y sus organismos autónomos, al personal al servicio de la Administración local, personal sanitario u otros cargos del gobierno. Finalmente, el régimen de incompatibilidades es otro de los ámbitos del derecho en la función pública en que la tarea interpretativa de los tribunales de justicia ha sido notable con el fin de establecer sus límites. Prueba de ello es el elevado grado de sentencias que LORENZO DE MEMBIELA enumera y que han delimitado la compatibilidad del ejercicio de actividades privadas con la función pública.

4. El procedimiento de selección en la función pública

4.1. Los requisitos de acceso a la función pública

²¹ JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *El personal directivo de la Administración Local*, Barcelona, Cemical, 2009. Así como otras obras: *La dirección pública profesional en España*, Madrid, Marcial Pons, 2009; *Altos cargos y directivos públicos (Un estudio sobre las relaciones entre política y administración en España)*, Instituto Vasco de Administración Pública, 2006.

²² BERMEJO VERA, J.; MOREU CARBONELL, J. L.; ESCARTÍN ESCUDÉ, V.; BERNAL BLAY, M.; GUERRERO MANSO, M^a. del Carmen, *El personal directivo en las Administraciones Públicas*, Pamplona, Thomson Reuters, 2011, pp. 173-188.

²³ LORENZO DE MEMBIELA, J. B., *Incompatibilidades de los funcionarios públicos*, Pamplona, Thomson Reuters, 2011, pp. 109-134, respecto del ámbito subjetivo.

El artículo 56 del EBEP establece los requisitos generales de acceso a la función pública. No obstante, no resulta una cuestión pacífica. El Tribunal Constitucional ha desestimado la cuestión de inconstitucionalidad presentada contra el límite de edad fijado en el artículo 46 de la Ley 13/2001, de 11 de diciembre, del Parlamento de Andalucía, de coordinación de las policías locales. El precepto legal establece como requisito para acceder al Cuerpo de la Policía Local por el sistema de movilidad sin ascenso el siguiente requisito de edad: «a) Antigüedad de cinco años en la categoría; b) Faltar más de diez años para el cumplimiento de la edad que determinaría el pase a la situación de segunda actividad». El Tribunal Constitucional, en Sentencia de 29 de marzo de 2012, define el requisito de la edad como una circunstancia objetiva que actúa como elemento diferenciador en un procedimiento de selección.²⁴ El derecho fundamental de acceso a la función pública formulado en el artículo 23.2 de la Constitución española no prohíbe al legislador que pueda tomar en consideración la edad de los aspirantes o cualquier otra condición personal. En suma, la constitucionalidad del requisito de acceso a la función pública se establece en los siguientes términos (FJ 5): «La constitucionalidad o no de la norma que introduce la diferenciación de trato por razón de la edad como circunstancia objetiva en el acceso a las funciones públicas dependerá de cada supuesto en particular, de modo que la norma será inconstitucional en los supuestos en los que no exista para tal diferenciación de trato justificación razonable, y, en cambio, será constitucional cuando la diferenciación de trato por razón de la edad responda a una definición objetiva y general de las condiciones que debían reunir quienes querían acceder a los puestos de que se trate, diferenciación, por otra parte, que ha de justificarse debidamente». Así pues, en este supuesto, el límite de edad no vulnera el derecho de acceso a la función pública en tanto pretende como finalidad asegurar la eficacia del servicio activo de policía, procurando una cierta permanencia en el servicio activo.

Otro de los requisitos generales de acceso a la función pública que ha sido objeto de interpretación es el relativo a la exigencia de estar en posesión de la titulación exigida o bien encontrarse en condiciones de haber obtenido el título. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2012,²⁵ el aspirante se encontraba en condiciones de obtener el título pero no había abonado las tasas correspondientes para la expedición del mismo. El Tribunal Supremo entiende que se puede equiparar la posibilidad de obtener el título con la obtención definitiva del mismo y el hecho de que no se hayan abonado las tasas de expedición del título. Por lo tanto, en palabras del Tribunal Supremo (FJ 2), «nada obsta a que se encontraban condiciones de la obtención de los mismos, por lo tanto cumplían los requisitos establecidos por las bases de la convocatoria». Por este motivo, el Tribunal Supremo considera que se ha violado el derecho fundamental, previsto en el artículo 23.2 de la Constitución española, de igualdad de acceso a la función pública.

4.2. El procedimiento de selección y la discriminación positiva: la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres y la reserva legal para personas discapacitadas

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de marzo de 2012. Ponente: Sr. Eugeni Gay Montalvo. JUR 2012/113688.

²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2012. Ponente Sr. Vicente Conde Martín de Hijas. JUR 2012/71426.

Entre las leyes que inciden en el régimen jurídico aplicable a la función pública hay que citar la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que busca, entre otras finalidades, la incorporación a la legislación en materia de función pública de medidas de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de enero de 2009²⁶ considera constitucional el artículo 20.4 de la Ley del Parlamento vasco 4/2005, de 18 de febrero, que establece que la composición del tribunal u órgano de selección tiene que ser equilibrada entre hombres y mujeres con capacidad, competencia y preparación adecuada. Según el texto legislativo, se considera que existe una representación equilibrada cuando en los órganos de más de cuatro miembros cada sexo está representado por al menos el 40 por 100; en el resto de supuestos, cuando ambos sexos estén representados. El Tribunal Constitucional desestima la pretensión de inconstitucionalidad argumentando que (FJ 5): «El artículo 23.2 CE no puede verse afectado por preceptos que, por lo que hace a quienes pudieran ser llamados a integrarse en los tribunales administrativos de selección de personal, no se refieran a circunstancia alguna relacionada con su propio acceso o promoción en la función pública, ni ellos mismos son titulares a este respecto de otra cosa que de una expectativa, por legítima o fundada que esta fuere, a formar parte de tales tribunales, no de un derecho en sentido propio. Y, por cuanto hace a quienes hayan de formar parte en estos procesos selectivos como aspirantes a la función pública o a la promoción funcional, lo determinante para la indemnidad del derecho a que ellos, en cambio, indudablemente les asiste el artículo 23.2 CE es que quienes integren los tribunales de selección reúnan las condiciones de mérito y capacidad exigidas por el artículo 103.3 CE».

Recientemente se ha publicado una monografía coordinada por ESTEVE E ILLAMOLA, *La igualdad por razón de sexo en la Unión Europea*,²⁷ en la que diferentes autores del ámbito académico y práctico reflexionan sobre las políticas de igualdad en las administraciones públicas europea, local, autonómica y estatal.

En segundo término, otra de las políticas públicas que tienen su plasmación en el acceso a la función pública y en el seno del procedimiento de selección es la discriminación positiva hacia las personas discapacitadas. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2012²⁸ estima el recurso de casación y anula una de las bases de la convocatoria de un proceso de selección. El caso concreto parte de la reserva porcentual de plazas para el acceso a la función pública a favor de las personas discapacitadas que establece el artículo 30.6 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud. El Tribunal Supremo considera que la simple reserva de estas plazas en la oferta pública de empleo no es suficiente (FJ 4): «Las ofertas de empleo público contienen la inicial delimitación de plazas dotadas presupuestariamente que, por estar vacantes, pueden ser ofrecidas durante el ejercicio, pero no albergan la convocatoria de dichas plazas, por lo que no se puede sostener que dicha obligación impuesta por el artículo 30.6 quede satisfecha mediante la reserva de plazas en tales ofertas sino que va más allá y exige que se haga efectiva en las convocatorias publicadas. El proceso de distribución de

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de enero de 2009. Ponente: Guillermo Jiménez Sánchez. RTC 2009/13.

²⁷ ESTEVE GARCIA, Francina, e ILLAMOLA DAUSÀ, Mariona, *La igualdad por razón de sexo en la Unión Europea*, Girona, Universidad de Girona, 1ª ed., 2011.

²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2012. Ponente: Sr. José Díaz Delgado. JUR 2012/91905.

la reserva porcentual de plazas para las personas con discapacidad debe ser, por tanto, el inverso en el realizado en este caso que se analiza de manera que, en principio, en cada convocatoria de plazas para las distintas categorías debe reservarse ese mínimo porcentual, tal y como exige el artículo 30.6 de la Ley 55/2003, salvo que ello no resulte posible, bien porque el escaso número de plazas que sean ofertadas en la convocatoria imposibilite la reserva de dicho cupo o bien porque se esté ante una categoría cuyo desempeño profesional sea incompatible con la presencia de una discapacidad». Así pues, la garantía del cumplimiento efectivo de esta medida de discriminación positiva tendrá lugar cuando se produzca la correspondiente reserva en la convocatoria de plazas y no en la simple aprobación de la oferta pública de empleo.

4.3. El procedimiento de selección y el principio de publicidad

El procedimiento de selección se rige por el principio de publicidad y transparencia, principios que presiden cualquier procedimiento administrativo. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 21 de diciembre de 2011,²⁹ estima la nulidad del procedimiento de selección para el acceso al cuerpo de ayudantes de instituciones penitenciarias porque el tribunal calificador estableció con posterioridad a la fecha de realización del segundo ejercicio la nota de corte del primer ejercicio, así como las variables a ponderar en el primer ejercicio respecto del apartado de la personalidad. El Tribunal Supremo considera que infringe el principio de publicidad prescrito en el artículo 4.1 del 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. El Tribunal Supremo razona sobre la base del principio de publicidad y objetividad que ha de presidir el procedimiento de selección para el acceso a la función pública en el siguiente sentido (FJ 4): «Debe decirse que ese principio de publicidad, en su formulación más genérica, está ligado a otros mandatos constitucionales como lo son el derecho fundamental de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución y el principio de objetividad que para toda actuación de la Administración pública dispone el artículo 103.1 del propio texto constitucional. Y por eso mismo conlleva, entre otras cosas, la necesidad de que toda actuación administrativa sea transparente en los hechos, criterios y razones que determinan sus decisiones, pues solo así es posible el control que demanda el derecho a la tutela judicial efectiva; como también que esos criterios estén establecidos con anterioridad a su finalización cuando de procedimientos administrativos se trate, porque de esta manera es como queda conjurado con las debidas garantías el riesgo de favoritismo individual que se produciría si los criterios de valoración de los aspirantes fuesen definidos una vez realizadas esas pruebas competitivas».

4.4. El sistema de provisión de puestos de trabajo

²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 diciembre de 2011. Ponente: Sr. Nicolás Maurandi Guillén. JUR 2012/71587.

El sistema de provisión de puestos de trabajo y la valoración de méritos en la fase de concurso también ha sido objeto de examen por la jurisprudencia en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de enero de 2012, por la que el Sindicato de Técnicos del Ministerio de Hacienda impugna la resolución de la Agencia Estatal de Administración Tributaria por la que se convocaba un concurso para la provisión de puestos de trabajo que no respetaba el mínimo del 10 por 100 en la puntuación prevista para conciliación de la vida personal, laboral y familiar.

El sistema de libre designación como sistema de provisión de puestos de trabajo tiene carácter excepcional y es preceptiva su justificación. Así lo manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2011, en su FJ 3:³⁰ «La jurisprudencia de esta Sala viene insistiendo en el carácter excepcional que la Ley asigna a este sistema de libre designación y en la necesidad de que cuando se considere necesario acudir a él se haga, también excepcionalmente, y justificando, caso por caso, por qué debe utilizarse. Habiéndose de añadir que esa justificación, para que pueda ser considerada suficiente, exige describir las concretas circunstancias y cometidos concurrentes en el puesto de que se trate que permitan valorar si es o no de apreciar en el mismo el carácter directivo o la especial responsabilidad de los que depende la validez del sistema de libre designación, y que no bastan a estos efectos fórmulas estereotipadas o la mera denominación aplicada al puesto». La Administración pública disfruta de una potestad discrecional para convocar un proceso de selección selectivo para la cobertura con personal de nuevo ingreso de destinos o plazas vacantes no ofertadas previamente al personal ya integrante; así se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2012,³¹ en tanto que la convocatoria del proceso selectivo se ajustaba a la oferta pública correspondiente.

5. La incidencia de la crisis económica en los derechos retributivos de los empleados públicos

El Estado español se encuentra en una situación de crisis económica que ha provocado un cambio en las políticas públicas que las administraciones públicas venían desarrollando, con la exigencia de un mayor control del déficit público. En este sentido, el conjunto de las administraciones públicas han tomado medidas dirigidas a modificar el *statu quo* existente en relación con el derecho a la función pública,

³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2011. Ponente: Sr. Nicolás Maurandi Guillén. RJ 2011/2289. En el mismo sentido, respecto del sistema de libre designación como sistema excepcional de provisión de puestos de trabajo y su preceptiva justificación, Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2012. Ponente: Sr. Vicente Conde Martín de Hijas. RJ 2012/3195. En el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2011. Ponente: Sr. José Díaz Delgado. RJ 2012/2940. El Tribunal Supremo interpreta la ponderación de la facultad de las administraciones públicas de autoorganizarse y la discrecionalidad técnica en relación con la elección del sistema de libre designación como sistema de provisión de puestos de trabajo.

³¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2012. Ponente: Sr. José Díaz Delgado. JUR 2012/71640. En este caso, el Tribunal Supremo considera que, una vez agotado el acuerdo entre organizaciones sectoriales y la mesa sectorial en relación con las ofertas públicas de empleo, no pueden condicionar o vincular, aunque sea indirectamente, a la Administración en las sucesivas ofertas públicas de empleo que publique, ni en los siguientes procesos selectivos que se vayan convocando *a posteriori*.

especialmente en lo relativo a las condiciones salariales.³² Los derechos retributivos de los empleados públicos han sufrido varias reducciones que han sido impugnadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa y laboral. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha acordado en diferentes autos interpretar la constitucionalidad de las modificaciones salariales introducidas, entre otros, por el Real decreto-ley 8/2010, de 30 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del empleo público.³³ Como se verá a continuación, la irrupción de la crisis económica ha dejado huella en la jurisprudencia de los tribunales de justicia, siendo oportuno examinarla con el fin de conocer cuáles son las garantías y límites que los tribunales de justicia han ido estableciendo en relación con los derechos retributivos de los empleados públicos en un contexto de crisis.

La reducción del cinco por ciento en la retribución de los empleados públicos ha sido una de las medidas más combatidas judicialmente, sin que haya sido fructífera a los intereses de los empleados públicos.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado inadmitiendo las cuestiones de inconstitucionalidad presentadas contra el Real decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, de medidas extraordinarias para la reducción del déficit público que, entre otras medidas, reducían en un cinco por ciento la retribución de los empleados públicos.³⁴ Cabe destacar el examen que realiza NOGUEIRA GUASTAVINO.³⁵ El artículo enumera y posteriormente analiza las cuestiones que se plantean desde el punto de vista constitucional, a saber: a) La conformidad de la constitucionalidad del RDL 8/2010 con los presupuestos habilitantes, de extraordinaria y urgente necesidad, del artículo 86.1 CE; b) El respeto a los límites materiales del artículo 86.1 CE en relación con la afectación al derecho a la negociación colectiva; c) El cumplimiento del RDL 8/2010 de otros límites inmanentes en la Constitución española que expresamente no están contenidos en el artículo 86.1 CE; d) La existencia de un trato desigual injustificado del personal laboral al servicio de diferentes entidades públicas empresariales por excluir la disposición adicional novena del RDL 8/2010 de la reducción salarial a ciertos colectivos. El centro del debate jurídico se ciñe a la posible vulneración del derecho a la intangibilidad de la negociación colectiva y al carácter vinculante de los convenios colectivos. La Audiencia Nacional elevó dos de las tres cuestiones de inconstitucionalidad, considerando que el RDL 8/2010 vulneraba la Constitución española en relación con el personal laboral y no con los funcionarios públicos, en tanto que el derecho a la negociación colectiva quedaba afectado por el RDL 8/2010. No obstante, el Tribunal Constitucional desestima la inconstitucionalidad de la reducción salarial respecto al derecho a la negociación colectiva atendiendo a los siguientes argumentos (FJ 8): «Los preceptos legales cuestionados, en la redacción que les ha dado el art. 1 del RDL 8/2010, de 20 de mayo, no regulan el

³² Para una visión general del régimen retributivo de los empleados públicos véase ALDOMÀ BUIXADÉ, J., «El sistema retributiu», en *Comentaris al règim estatutari dels empleats públics*, Barcelona, Escola d'Administració Pública de Catalunya, 2009, pp. 253-287.

³³ Se ha citado con anterioridad la incidencia del Real decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, en relación con la incorporación de personal en el seno de las administraciones públicas este año y la aprobación de las ofertas públicas de empleo.

³⁴ Los autos dictados en esta materia son los siguientes: Auto del Tribunal Constitucional nº. 85/2011, de 7 de junio; Auto del Tribunal Constitucional nº. 104/2011, de 5 de julio; y el más reciente, Auto del Tribunal Constitucional nº. 39/2012, de 28 de febrero.

³⁵ NOGUEIRA GUASTAVINO, M., «La inadmisión por el Tribunal Constitucional de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas sobre el RDL 8/2010 por la rebaja de las retribuciones de los empleados públicos», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, vol. 4, 2011, pp. 75-91.

régimen general del derecho a la negociación colectiva reconocido en el art. 37.1 CE, ni nada disponen sobre la fuerza vinculante de los convenios colectivos en general, ni, en particular, sobre los directamente por aquellos concernidos que mantienen la fuerza vinculante propia de este tipo de fuente, derivada de su posición en el sistema de fuentes [...]. Así pues, los preceptos legales cuestionados no suponen una afectación en el sentido constitucional del término, del derecho a la negociación colectiva reconocido en el art. 37.1, en cuanto ni regulan el régimen general de dicho derecho, ni la intangibilidad del convenio colectivo se configura como uno de sus elementos esenciales, por lo que no han franqueado el límite material que al decreto-ley impone el art. 86.1 de no afectar derechos, deberes y libertades del título I CE».

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de julio de 2011 desestima la pretensión de los representantes laborales en relación con la reducción del 5 por 100 de la masa salarial por aplicación del Real decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, al amparo de los fundamentos jurídicos del Tribunal Constitucional. Así pues, la Audiencia Nacional considera que mediante la aprobación de un real decreto-ley es posible modificar un convenio colectivo en vigor en aplicación del principio de jerarquía normativa sin conculcar el artículo 41 del Estatuto de los trabajadores en relación con el artículo 37.1 de la Constitución española, que garantiza el derecho a la negociación colectiva. La Audiencia Nacional argumenta lo siguiente (FJ 6): «La reducción retributiva, impuesta por la Fábrica Nacional de la Moneda y Timbre, no vulneró lo dispuesto en el art. 41 ET, ya que la FNMT está sometida a la ley y al derecho, de conformidad con lo dispuesto en el art. 103.1 CE, estando obligada, por consiguiente, a aplicar la reducción impuesta por los arts. 22 y 25 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, en la redacción dada por el art. 1 del Real decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo [...]». Los recurrentes alegaron que se había producido una expropiación sobre la base de la situación de urgencia y extrema necesidad respecto de las retribuciones del personal laboral y en este sentido se posiciona la jurisprudencia negando la presencia de una expropiación: «Consideramos también que no se ha producido ningún tipo de expropiación, como defendieron los demandantes, porque las retribuciones del personal laboral al servicio de las AP no pueden superar la masa salarial establecida anualmente por las leyes de Presupuestos Generales del Estado, a tenor con lo dispuesto en el art. 21.2 del EBEP, que es exactamente lo sucedido aquí, ya que el RDL 8/2010, de 20 de mayo, en un contexto de urgente y extraordinaria necesidad, ha reducido la masa salarial de los empleados públicos, habiéndose considerado por el Tribunal Constitucional que el vehículo utilizado no afecta al contenido esencial del derecho a la libertad sindical en su vertiente funcional a la negociación colectiva».³⁶

La irrupción de la crisis ha dejado huella en las últimas publicaciones y la doctrina administrativa ha tratado de abordar circunstancias concretas derivadas del contexto económico como la reducción de personal, la reducción de los derechos retributivos o la modificación de las condiciones de trabajo. En este sentido se ha publicado un trabajo con el título *El empleo público local ante la crisis* de un colectivo de especialistas en la materia (JIMÉNEZ ASENSIO, CUENCA CERVERA, PALOMAR OLMEDA, MAURI MAJÓS y

³⁶ Auto del Tribunal Constitucional de 28 de febrero de 2011. RTC 2012/39. Este es el último auto en que el Tribunal Constitucional inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad contra el RDL 8/2010, de 20 de mayo, planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

BOLTAINA BOSCH) que analizan la incidencia de la crisis económica en la función pública local, especialmente la extinción de contratos de trabajo, la planificación y la gestión de los recursos humanos.³⁷

El estudio de las novedades jurisprudenciales pasa por la referencia a la jurisprudencia europea. Los derechos retributivos de los empleados públicos se han ampliado con el reconocimiento del pago de trienios con efectos retroactivos, con anterioridad a la entrada del EBEP, a los empleados públicos con contrato de duración indefinida o temporal a raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 22 de diciembre de 2010, caso Gavieiro Gavieiro.³⁸ Este pronunciamiento tendrá un impacto en la política salarial de los empleados públicos en el Estado español al ver reconocido su derecho a cobrar trienios desde el 10 de julio de 2001, fecha límite para la trasposición de la Directiva 1999/710/CE, del Consejo, de 28 de mayo de 1999, hasta el 13 de mayo de 2007, fecha en la que entró en vigor el EBEP. No ha sido hasta la aprobación del artículo 25.2 del EBEP que se ha reconocido a los funcionarios interinos el derecho a percibir complementos salariales por trienios. En cualquier caso, la jurisprudencia considera que no se ajusta a la legalidad la existencia de diferencias salariales entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos puesto que en ambos casos desarrollan las mismas tareas y únicamente se distinguen por la duración de su relación funcional.

Así pues, el estudio de la jurisprudencia resulta contradictorio pues mientras se impugna la reducción del salario por parte de los empleados públicos fruto del contexto de crisis económica, por otra parte el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea garantiza al personal funcionario interino el reconocimiento a su tarea profesional interpretando positivamente el reconocimiento del derecho a la percepción de trienios, en las condiciones expresadas, por parte de los funcionarios interinos.

6. Adquisición y pérdida de la condición de funcionario

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 24 de noviembre de 2011 ha abordado la problemática respecto a la posibilidad de reconocer la jubilación parcial en aplicación del artículo 14, letra *n*, del EBEP y la disposición final cuarta del mismo cuerpo legislativo. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña concreta los requisitos para reconocer la jubilación parcial de los funcionarios e interpreta respecto del EBEP que «o bien no debió establecer ese derecho a la jubilación parcial —si se entendía referido en exclusiva a la relación laboral— o bien lo establecía, con todas sus consecuencias, que es lo que ha hecho y con la claridad suficiente para no precisar ineludiblemente de desarrollo reglamentario». Además, señala que la sustitución del funcionario al cual se reconoce la jubilación parcial sin que exista un

³⁷ BOLTAINA BOSCH, X.; CUENCA CERVERA, J. J.; MAURI MAJÓS, J.; PALOMAR OLMEDA, A., *El empleo público local ante la crisis*, Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2011. Por otra parte, MAURI I MAJÓS, Joan, «Medidas de ajuste para hacer frente a la crisis en el empleo público local: una perspectiva desde la función pública», *Cuadernos de Derecho Local*, nº. 26, 2011, pp. 55-86.

³⁸ SÁNCHEZ SÁEZ, A. J.; MONTOYA MARTÍN, E.; CARRILLO DONAIRE, J. A.; RIVERO YSERN, J. L., «El reconocimiento del pago de trienios con efectos retroactivos a los empleados públicos con contrato de duración definida o temporal: la STJCE 2010/414, Sala 2ª, de 22 de diciembre de 2010», caso Gavieiro Gavieiro», *Revista de Administración Pública*, Madrid, nº. 187, enero-abril de 2012, pp. 329-378. En este artículo se exponen los antecedentes de hecho en la jurisprudencia española para comprender el porqué de su impugnación ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y se examinan las consecuencias de este reconocimiento en el seno de la Administración pública, en especial la Administración autonómica andaluza.

contrato de relevo no supone inconveniente alguno, pues la Administración puede hacer uso de su potestad de autoorganización adoptando las medidas necesarias para solucionar esta situación. El artículo 67 EBEP concreta los supuestos de jubilación de los funcionarios, entre ellos la jubilación forzosa, que tendrá lugar en el momento de cumplir la edad legalmente establecida. Sin embargo, la cuestión objeto de controversia en el personal laboral reside en la aplicación de los convenios colectivos. Hay que destacar la aportación realizada por BOLTAINA BOSCH abogando por una mayor regulación de dicha cuestión en los correspondientes convenios colectivos a efectos de evitar conflictos en la aplicación de esta en las administraciones públicas.³⁹

Finalmente, sobre las diferentes causas que suponen la pérdida de la condición, se analiza la relativa a las consecuencias de una pena de inhabilitación para un funcionario. Según SÁNCHEZ MORÓN, del artículo 66 del EBEP se desprende que la pena de inhabilitación impuesta por la comisión de un delito, ya sea con carácter principal o accesorio, comporta *per se* la pérdida de la condición de funcionario respecto de todos aquellos puestos de trabajo o cargos públicos que ejerciera el condenado, una vez la sentencia se convierte en firme.⁴⁰ La Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de enero de 2012 desestima la pretensión del funcionario recurrente que sostiene que la pena de inhabilitación especial a la que ha sido condenado se ha aplicado con exceso en la orden de la ministra de Administraciones Públicas que declara la pérdida de la condición de funcionario en ejecución de la sentencia penal. Pues bien, en este supuesto la Audiencia Nacional considera que la ejecución de la sentencia penal que condena al funcionario a la inhabilitación especial para todo cargo relacionado con extranjería supone la pérdida de la condición de funcionario, en tanto la pena opera como condición resolutoria de la relación de servicios entre el funcionario y la Administración, sin ser admisible que solo se cña al puesto ocupado para consumir el delito.⁴¹

³⁹ BOLTAINA BOSCH, Xavier, «La jubilación forzosa por razón de edad del personal laboral: la compleja aplicación en el ámbito de las administraciones públicas», *Cuadernos de Derecho Local*, nº. 23, junio de 2010, pp. 92-105.

⁴⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M. (dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid, Lex Nova, 2ª ed., 2008, pp. 425.

⁴¹ TRAYTER JIMÉNEZ, Joan M., *El dret disciplinari de la funció pública*, Barcelona, Escola d'Administració Pública de Catalunya, 1992. Obra clásica en materia de función pública y, como glosa el profesor Alejandro Nieto en su prólogo, una de los primeros estudios sobre la materia.

Bibliografía

BARCELÓ, M.; BERNADÍ, X.; VINTRÓ, J. (coords.), «Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña de 2006», Barcelona, Escola d'Administració Pública de Catalunya, *Revista catalana de dret públic*, 2010.

BERMEJO VERA, J.; MOREU CARBONELL, J. L.; ESCARTÍN ESCUDÉ V.; BERNAL BLAY, M.; GUERRERO MANSO, M^a. del Carmen, *El personal directivo en las Administraciones Públicas*, Pamplona, Thomson Reuters, 2011.

BODAS MARTÍN, R. (coord.), *La negociación colectiva ante la crisis económica*, Albacete, Bomarzo, 2010.

BOLTAINA BOSCH, Xavier, «La jubilación forzosa por razón de edad del personal laboral: la compleja aplicación en el ámbito de las administraciones públicas», *Cuadernos de Derecho Local*, n^o. 23, junio de 2010.

—, *La negociació col·lectiva de les condicions de treball del personal laboral de les corporacions locals després de la Llei 7/2007, de 12 d'abril, d'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic*, Barcelona, Associació Catalana de Municipis i Comarques, 2011.

BOLTAINA BOSCH, X.; CUENCA CERVERA, J. J.; MAURI MAJÓS, J.; PALOMAR OLMEDA, A., *El empleo público local ante la crisis*, Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2011.

CAMINO, J. P., y TARRÉS, M. (coords.), *Comentaris al règim estatuari dels empleats públics*, Barcelona, Escola d'Administració Pública de Catalunya, 2009.

CASTILLO BLANCO, F. A., y QUESADA LUMBRERAS, J., *Manual de Empleo Público*, Madrid, Iustel, 2009.

DÍAZ Y DÍAZ, María Cruz, *El empleado público ante el procedimiento administrativo: deberes y obligaciones de buena administración*, Madrid, La Ley, 2011.

ESTEVE GARCIA, Francina, e ILLAMOLA DAUSÀ, Mariona, *La igualdad por razón de sexo en la Unión Europea*, Girona, Universidad de Girona, 1^a ed., 2011.

FUENTES BARDAJÍ, Joaquín, *Manual sobre responsabilidad disciplinaria del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, Pamplona, Thomson, 2010.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *El personal directivo de la Administración Local*, Barcelona, Cemical, 2009.

—, *La dirección pública profesional en España*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

—, *Altos cargos y directivos públicos (Un estudio sobre las relaciones entre política y administración en España)*, Instituto Vasco de Administración Pública, 2006.

LORENZO DE MEMBIELA, J. B., *Incompatibilidades de los funcionarios públicos*, Pamplona, Thomson Reuters, 2011.

MAESO SECO, Luis F., *El personal directivo público en España*, Madrid, La Ley, 1^a ed., 2011.

MARTÍN REBOLLO, Luis, *Leyes administrativas*, Pamplona, Aranzadi, 17ª ed., 2011.

MAURI I MAJÓS, Joan, «Medidas de ajuste para hacer frente a la crisis en el empleo público local: una perspectiva desde la función pública», *Cuadernos de Derecho Local*, nº. 26, 2011.

—, «Análisis general del Estatuto básico del empleado público: problemas, soluciones y huidas», en *Cuadernos de Derecho Local*, nº. 19, 2009.

NIETO, A., *La organización del desgobierno*, Barcelona, Ariel, 1988.

NOGUEIRA GUASTAVINO, M., «La inadmisión por el Tribunal Constitucional de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas sobre el RDL 8/2010 por la rebaja de las retribuciones de los empleados públicos», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, vol. 4, 2011.

PALOMAR OLMEDA, Alberto, *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Madrid, Dykinson, 9ª ed., 2011.

PINAZO HERNADIS, Javier, «El nuevo régimen de la Función Pública valenciana», *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, nº. 38, 2011.

POTVIN-SOLIS, L., *Vers un modèle européen de la fonction publique? Neuvièmes journées d'études du Pôle européen Jean Monnet*, Bruselas, Bruylant, 2011.

PUERTA SEGUIDO, Francisco, «La función pública de la Unión Europea», en ORTEGA ÁLVAREZ, Luis; DE LA SIERRA MORÓN, Susana, (coords.), *Estudios de la Unión Europea*, Universidad de Castilla-La Mancha, 2011.

RAMOS MORAGUES, Francisco, *El personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, La Ley, 2011.

SÁNCHEZ MORÓN, M. (dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid, Lex Nova, 2ª ed., 2008.

— *Derecho de la Función Pública*, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 2011.

—, «Informe jurídico sobre el deber de las administraciones públicas de incluir en la oferta pública de empleo las plazas vacantes ocupadas por personal interino o temporal y publicar en plazo las correspondientes convocatorias de selección», *Revista de Administración Pública*, Madrid, nº. 187, enero-abril de 2012.

SÁNCHEZ SÁEZ, A. J.; MONTOYA MARTÍN, E.; CARRILLO DONAIRE, J. A.; RIVERO YSERN, J. L., «El reconocimiento del pago de trienios con efectos retroactivos a los empleados públicos con contrato de duración definida o temporal: la STJCE 2010/414, Sala 2ª, de 22 de diciembre de 2010, caso Gavieiro Gavieiro», *Revista de Administración Pública*, Madrid, nº. 187, enero-abril de 2012.

SOSPEDRA NAVAS, Francisco José, «La ejecución de sentencias en materia de función pública», *Cuadernos de Derecho Local*, nº. 26, 2011.

TRAYTER JIMÉNEZ, Joan M., *El dret disciplinari de la funció pública*, Barcelona, Escola d'Administració Pública de Catalunya, 1992.

Jurisprudencia

Objeto	Tribunal	Fecha	Ponente
Bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos. Los requisitos de titulación para la promoción interna.	STC nº. 2/2012 ⁴²	13/1/2012	Sr. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel
Bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos. Los requisitos de titulación para la promoción interna.	STC nº. 3/2012	13/1/2012	Sr. Ignacio Ortega Álvarez
Bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos. Los requisitos de titulación para la promoción interna.	STC nº. 4/2012	13/1/2012	Sra. Adela Asua Batarrita
Derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos. Valoración de la experiencia profesional.	STC nº. 27/2012	1/3/2012	Sr. Ramón Rodríguez Arribas
Derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos. Requisito de edad en el acceso a la función pública.	STC nº. 29/2012	1/3/2012	Sr. Eugeni Gay Montalvo
Bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos. Los requisitos de titulación para la promoción interna.	STC nº. 175/2011	8/11/2011	Sr. Ramón Rodríguez Arribas
Promoción de la igualdad entre hombres y mujeres en la función pública.	STC nº. 13/2009	19/1/2009	Sr. Guillermo Jiménez Sánchez
Competencia estatal de nivelación de las retribuciones básicas.	STC nº. 86/2009	23/2/2009	Sr. Guillermo Jiménez Sánchez
Legislación básica en materia de función pública.	STC nº. 87/2009	20/4/2009	Sr. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez
Reducción del 5% de la masa salarial de los trabajadores públicos. Concurrencia del requisito legal habilitante de extraordinaria y urgente necesidad.	ATC nº. 85/2011 ⁴³	7/6/2011	Desconocido
Reducción del 5% de la masa salarial de los trabajadores públicos. Concurrencia del requisito legal habilitante de extraordinaria y urgente necesidad.	ATC nº. 101/2011	5/7/2011	Desconocido
Reducción del 5% de la masa salarial de los trabajadores públicos. Concurrencia del requisito legal habilitante de extraordinaria y urgente necesidad.	ATC nº. 104/2011	5/7/2011	Desconocido
El acceso a la función pública y la reserva de plazas a	STS ⁴⁴	28/2/2012	Sr. José Díaz Delgado

⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional.

⁴³ Auto del Tribunal Constitucional.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo.

personas discapacitadas.			
Pruebas selectivas para el acceso a la condición de personal estatutario fijo.	STS	13/2/2012	Sr. José Díaz Delgado
Acceso a la función pública. Posesión de la titulación exigida.	STS	10/2/2012	Sr. Vicente Conde Martín de Hijas
Relación de puestos de trabajo y modificación de puestos de libre designación.	STS	25/1/2012	Sr. Vicente Conde Martín de Hijas
Valoración de la experiencia profesional de los servicios efectivamente prestados con independencia de la categoría profesional conforme a la cual se contrató al aspirante en el concurso de acceso a la función pública.	STS	23/12/2011	Sr. Vicente Conde Martín de Hijas
Vulneración del principio de publicidad en las pruebas selectivas.	STS	21/12/2011	Sr. Vicente Conde Martín de Hijas
El sistema de libre designación como sistema excepcional de provisión de puestos de trabajo y su preceptiva justificación.	STS	21/12/2011	Sr. José Díaz Delgado
El sistema de libre designación como sistema excepcional de provisión de puestos de trabajo y su preceptiva justificación.	STS	16/3/2011	Sr. Nicolás Maurandi Guillén
Vulneración del derecho fundamental de acceso a la función pública. Oferta pública de empleo que omite plazas vacantes.	STS	29/10/2010	Sr. José Díaz Delgado
Valoración de la conciliación de la vida personal, laboral y familiar inferior a lo previsto en la legislación en un concurso de provisión de puestos de trabajo.	SAN ⁴⁵	25/1/2012	Sr. José Félix Méndez Canseco
Extinción de la relación funcionarial. Pérdida de la condición de funcionario por condena penal de inhabilitación especial.	SAN	25/1/2012	Sr. José Luis Gil Ibáñez
Reducción del 5% de la masa salarial. Concurrencia del requisito legal habilitante de extraordinaria y urgente necesidad.	SAN	5/7/2011	Sr. Ricardo Bodas Martín
Derecho a la jubilación parcial de los funcionarios.	STSJCAT ⁴⁶	24/11/2011	Sr. Luis Fernando Gómez Vizcarra

⁴⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.