

Presentación

Introduction

RICARDO RIVERO ORTEGA	6
-----------------------------	---

Artículos

Un sistema de empleo público distópico: ¿sería preciso reformar el EBEP?

<i>A distopic public employment system: would it be necessary to reform the EBEP?</i> FEDERICO CASTILLO BLANCO	8
---	---

¿Qué exige el principio de responsabilidad en el ámbito de la Administración Pública?

<i>What does the Principle of Responsibility in the field of Public Administration require?</i> ISABEL LIFANTE VIDAL	33
---	----

Claves para la definición de un Estatuto del directivo público profesional

<i>Professional civil service manager: legal definition keys</i> JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE	49
---	----

Los Claroscuros del EBEP en los procedimientos de concurrencia competitiva: reflexiones empíricas y propuestas innovadoras

<i>The Claroscuros of the EBEP in the concurrence proceedings competitive: empirical reflections and innovative proposals</i> JORGE FONDEVILA ANTOLÍN	63
--	----

El funcionario interino: entre la temporalidad y la estabilidad

<i>The interim civil servant: between temporality and stability</i> JESÚS FUENTETAJA PASTOR	88
--	----

Administración digital y teletrabajo

<i>Digital administration and teleworking</i> SUSANA E. CASTILLO RAMOS-BOSSINI	104
---	-----

El futuro del empleo público local: retos ante un mundo digital

<i>The future of local public employment: challenges in a digital world</i> CONCEPCIÓN CAMPOS ACUÑA	126
--	-----

La experiencia de la modernización administrativa en Portugal. Algunas lecciones para las instituciones públicas españolas post-Covid-19

<i>The experience of administrative reform in Portugal. Some lessons for post-Covid-19 spanish public institutions</i> ENRIQUE JOSÉ VARELA ÁLVAREZ	145
---	-----

Crónicas

Síntesis de la jurisprudencia casacional sobre Empleo Público más significativa del año 2020

<i>Summary of the cassation jurisprudence on Public Employment with higher significance for the year 2020</i> JOSÉ RAMÓN CHAVES GARCÍA / JUAN JOSÉ RASTROLLO SUÁREZ	156
--	-----



da

Número 7
Nueva época
Enero-Diciembre, 2020

Documentación Administrativa



ISSN: 1989-8983
www.inap.es
<https://documentacionadministrativa.inap.es>

Director del INAP: Mariano Fernández Enguita
Instituto Nacional de Administración Pública (INAP)

Director de la Revista: Ricardo Rivero Ortega
Catedrático de Derecho Administrativo
(Universidad de Salamanca)

Secretario: Juan José Rastrollo
(Universidad de Salamanca)

Coordinación:
Centro de Estudios y Gestión del Conocimiento del INAP

Redacción y administración:
Atocha, 106, 28012 Madrid
Tel.: 91 273 91 62
correo electrónico: da@inap.es

Edita: Instituto Nacional de Administración Pública
ISSN: 1989-8983
NIPO: 278-19-013-4
Depósito legal: M-581-1958

Catálogo general de publicaciones oficiales:
<http://www.publicacionesoficiales.boe.es>

CONSEJO DE REDACCIÓN

Director: Ricardo Rivero Ortega, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca (España).

Vocales: María Esther del Campo García, Catedrática de Ciencia Política y de la Administración de la Universidad Complutense de Madrid (España). José Ramón Chaves García, Magistrado de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias del Ministerio de Justicia (España). María Jesús Gallardo Castillo, Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Jaén (España). Rafael Jiménez Asensio, Consultor de Administraciones Públicas (España). Carles Ramió Matas, Catedrático de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Pompeu Fabra (España).

Secretario: Juan José Rastrollo Suárez, Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca (España).

Editor técnico: Roberto Tomé, INAP (España).

La Revista **Documentación Administrativa** es, dentro de las publicaciones periódicas de la especialidad, una referencia insoslayable en la construcción doctrinal del Derecho Administrativo y de la Ciencia de la Administración españolas. Nacida en 1958, acumula ya más de medio siglo de vida en el que su principal signo de identidad ha consistido en ser una publicación volcada a la reflexión, desde el derecho y las ciencias de la administración, sobre la reforma administrativa, la organización administrativa y la función pública.

En 2020 se inicia una nueva época, orientada al tratamiento del régimen jurídico y las cuestiones del personal al servicio del Estado. La contribución proyectada es ofrecer reflexiones sobre el presente y el futuro del empleo público, institución clave de la buena administración. Al fin, las personas somos responsables del correcto cumplimiento de los cometidos en las organizaciones, de manera que cada uno de los elementos del estatuto de los servidores públicos importa a la ciudadanía.



Documentación Administrativa se publica bajo el sistema de licencias Creative Commons según la modalidad Reconocimiento-NoComercial (by-nc): Se permite la generación de obras derivadas siempre y cuando no se haga un uso comercial. Tampoco se puede utilizar el original con fines comerciales.

Sumario

Table of contents

Presentación

Introduction

RICARDO RIVERO ORTEGA	6
-----------------------------	---

Artículos

Un sistema de empleo público distópico: ¿sería preciso reformar el EBEP?

A dystopic public employment system: would it be necessary to reform the EBEP?

FEDERICO CASTILLO BLANCO	8
--------------------------------	---

¿Qué exige el principio de responsabilidad en el ámbito de la Administración Pública?

What does the Principle of Responsibility in the field of Public Administration require?

ISABEL LIFANTE VIDAL	33
----------------------------	----

Claves para la definición de un Estatuto del directivo público profesional

Professional civil service manager: legal definition keys

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE	49
-------------------------------------	----

Los Claroscuros del EBEP en los procedimientos de concurrencia competitiva: reflexiones empíricas y propuestas innovadoras

The Claroscuros of the EBEP in the concurrence proceedings competitive: empirical reflections and innovative proposals

JORGE FONDEVILA ANTOLÍN	63
-------------------------------	----

El funcionario interino: entre la temporalidad y la estabilidad

The interim civil servant: between temporality and stability

JESÚS FUENTETAJA PASTOR	88
-------------------------------	----

Administración digital y teletrabajo

Digital administration and teleworking

SUSANA E. CASTILLO RAMOS-BOSSINI	104
--	-----

El futuro del empleo público local: retos ante un mundo digital

The future of local public employment: challenges in a digital world

CONCEPCIÓN CAMPOS ACUÑA	126
-------------------------------	-----

La experiencia de la modernización administrativa en Portugal. Algunas lecciones para las instituciones públicas españolas post-Covid-19

The experience of administrative reform in Portugal. Some lessons for post-Covid-19 spanish public institutions

ENRIQUE JOSÉ VARELA ÁLVAREZ 145

Crónicas

Síntesis de la jurisprudencia casacional sobre Empleo Público más significativa del año 2020

Summary of the cassation jurisprudence on Public Employment with higher significance for the year 2020

JOSÉ RAMÓN CHAVES GARCÍA / JUAN JOSÉ RASTROLLO SUÁREZ 156



Documentación Administrativa, número 7, enero-diciembre de 2020
 Sección: PRESENTACIÓN
 DOI: <https://doi.org/10.24965/da.i7.10896>
 Páginas: 6-7

Presentación

Introduction

Ricardo Rivero Ortega
 Universidad de Salamanca (España)
 ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0593-3470>
ricriv@usal.es

NOTA BIOGRÁFICA

Catedrático de Derecho Administrativo y Rector de la Universidad de Salamanca. Doctor en Derecho con Premio Extraordinario de Doctorado. Director del Grupo de investigación en Reforma y modernización de las Administraciones públicas. Profesor en las Universidades de París X, James Madison (Virginia), La Plata (Argentina) y Javeriana de Bogotá. Autor de 20 libros y 200 trabajos publicados en revistas y obras de Derecho público. Director de 40 tesis doctorales. Coautor de la monografía *Innovación en los gobiernos locales. Estrategias innovadoras de municipios y diputaciones en un escenario de crisis* (INAP, 2014). Autor de los libros *La necesaria innovación en las instituciones administrativas* (INAP, 2013); *Responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos. El antídoto de la arbitrariedad* (Iustel, 2020).

Documentación administrativa es, desde 1958, una de las revistas de referencia para los estudiosos de la Administración pública. Décadas de excelentes contribuciones al debate sobre las reformas y el análisis de los principales temas demuestran su papel relevante en nuestro panorama científico e institucional. Gracias a sus sucesivos responsables –Santiago Muñoz Machado desde 2014– se ha mantenido a un extraordinario nivel doctrinal.

La multiplicación de publicaciones periódicas sobre Derecho administrativo no incluye ninguna especializada en el régimen jurídico y las cuestiones del personal al servicio del Estado. Por ello, en esta nueva época, la Revista aspira a ofrecer reflexiones sobre el presente y el futuro del empleo público, una de las instituciones más importantes para la buena administración. Al fin, las personas somos responsables del correcto cumplimiento de los cometidos en las organizaciones.

El servicio que aspiramos a ofrecer incluye la generación debates sobre cuestiones de notoria actualidad: ¿Debemos seguir interpretando y aplicando como hasta ahora los principios de mérito y capacidad?; ¿es verosímil nuestro régimen de incompatibilidades?; ¿es la estabilidad una condición necesaria y suficiente para el mejor desempeño institucional?; ¿podrá sustituir la inteligencia artificial algún día a los funcionarios? Algunas preguntas mueven bases pretendidamente sólidas, pero en realidad muy frágiles.

¿Hacia dónde evolucionaremos? Dificultades no faltan para vaticinar el devenir. La prospectiva compare una cierta condición especular con su antecedente irracional, la bola de cristal. El sesgo del *presentismo* determina que nos veamos tal y como hoy somos, dificultando las proyecciones de largo plazo, lo que explica los fracasos planificadores: ¿Quién acertó pronosticando la transformación forzada hacia el teletrabajo en la Administración pública?

El futuro no es entonces fácil de prever, pero sí hemos de intentar incidir sobre su desarrollo. La reflexión sobre los principales aspectos del empleo público tiene sentido porque permite influir sobre los marcos y sus circunstancias, poniendo el foco sobre aquellos elementos que consideramos más importantes, de lo que creemos oportuno que se hable para tomar decisiones de cambio o mejora.

Esto es lo que aportan los artículos, comenzando por el de Federico Castillo Blanco, que reflexiona sobre las reformas precisas en el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), una norma que conoce muy

bien porque participó en la comisión que diseñó su Anteproyecto. Las leyes no son suficientes para realizar transformaciones culturales como la requerida en nuestro sistema de empleo público, tal y como lo define el Catedrático de la Universidad de Granada, siendo necesarias otras acciones sobre la organización, la selección, los incentivos, la transparencia, las relaciones laborales y la profesionalización. Un cambio, cultural, en suma, es lo que se propone.

Isabel Lifante, Profesora de la Universidad de Alicante, analiza las exigencias del principio de responsabilidad en el ámbito de la Administración pública, partiendo del modelo de Estado constitucional y de los deberes asociados a un concepto completo de responsabilidad, que debería estar sujeto a evaluación de desempeño. El catálogo de los vicios a prevenir (corrupción, formalismo, desidia e incompetencia) requiere alternativas de diseño institucional que la autora propone.

Jorge Fondevila Antolín, destacado especialista y funcionario del Gobierno de Cantabria, expone los claros cursos del EBEP en los procedimientos de concurrencia competitiva. Sus propuestas de mejora deberían ser tenidas en cuenta, toda vez que en este momento de la selección se dilucidan los perfiles personales y la legitimidad de origen, frente a prácticas clientelares y otras distorsiones. La sana crítica a la que somete el actual estado de cosas demuestra todas las tareas pendientes y lo mucho que nos va en cumplirlas.

Otro interesante trabajo aporta Jesús Fuentetaja, Catedrático de Derecho administrativo en la UNED, quien sintetiza una de las cuestiones más complejas del régimen de los funcionarios, agravada por el carácter crónico de cierta precariedad y la falta de políticas alternativas: La situación de los interinos, sus derechos, reconocidos por la jurisprudencia y los mejores modos de encauzar hacia la estabilidad apropiada en el empleo público.

Susana Castillo Ramos Bossini, Profesora de la Universidad de Granada, analiza la realidad del teletrabajo y la Administración digital. Una vez más, el cambio cultural y organizativo se considera el presupuesto del aprovechamiento de las oportunidades de las nuevas tecnologías, que han llegado para quedarse. El avance producido en este sentido por la pandemia podría consolidarse, siempre y cuando los marcos normativos despejen dudas en el necesario equilibrio entre derechos y obligaciones.

Concepción Campos, experta en cuestiones de innovación y Administración local, expone en su trabajo las consecuencias de la digitalización sobre el futuro del empleo público local. Las tendencias que apunta son muy sugerentes: la actualización de las competencias profesionales, la utilidad de la inteligencia artificial, el teletrabajo, el papel de la dirección pública o la selección de personas con métodos más adaptados al momento que vivimos, superando las metodologías del siglo pasado.

Juan Antonio Carrillo Donaire, profesor de la Universidad de Sevilla, analiza las claves para la definición del Estatuto del directivo público profesional. El norte a seguir serían las recomendaciones de la OCDE (en su informe “Liderazgo para un servicio público de alto rendimiento”), no muy consideradas por las primeras regulaciones autonómicas. El Derecho comparado nos ofrece muestras alternativas de régimen en este puente entre la politización y la funcionarización: *senior civil service británico*, los *emplois de direction* franceses, la CReSAP portuguesa y las experiencias latinoamericanas (Argentina, Chile, Perú).

La experiencia de la modernización administrativa en Portugal, con sus lecciones para las instituciones públicas españolas tras la crisis Covid-19, es tratada por Enrique José Varela Álvarez, Profesor de la Universidad de Vigo. Nuestros vecinos ibéricos han adoptado con éxito una estrategia de «innovación incremental». Esta progresión de reformas adaptadas a las circunstancias cambiantes parece contrastar con la situación española, de estancamiento. Veremos si la crisis actual y sus remedios (modificaciones derivadas de la ejecución de los fondos europeos) propician por la vía de urgencia el cambio cultural que apunta también como necesario.

El agradecimiento a los autores por sus generosas y concienzudas contribuciones expresa ese imprescindible deber de reconocer a quien aporta. Al Instituto Nacional de Administración Pública, en la persona de su Director, Mariano Fernández Enguita, le damos también las gracias por su confianza, su criterio innovador y el afán acreditado de trabajar en pro de lo público, en un momento crucial para el mundo, en año de la pandemia.

En la Universidad de Salamanca, 22 de diciembre de 2020.



Documentación Administrativa, número 7, enero-diciembre de 2020
Sección: ARTICULOS
DOI: <https://doi.org/10.24965/da.i7.10889>
Páginas: 8-32

Un sistema de empleo público distópico: ¿sería preciso reformar el EBEP?

A distopic public employment system: would it be necessary to reform the EBEP?

Federico Castillo Blanco

Universidad de Granada (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5586-0679>

fblanco@ugr.es

NOTA BIOGRÁFICA

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada, en la actualidad es investigador principal del Proyecto I+D+i "Instrumentos para el buen gobierno de las cosas públicas: ética, transparencia e integridad pública", autor de distintas monografías, libros colectivos y artículos científicos sobre empleo público ha participado en distintos grupos de expertos sobre la misma materia incluida la Comisión EBEP.

RESUMEN

El presente trabajo analiza, atendiendo a la experiencia acumulada en los distintos ciclos de reforma del empleo público y las exigencias que actualmente tienen planteadas las Administraciones públicas, las distintas vertientes en que sería adecuado proceder a reformar el sistema de empleo público español explorando distintas soluciones a fin de enfrentar ese desafío que, como se concluye, no es meramente normativo e implica distintas acciones en la economía política de ese hipotético proceso.

PALABRAS CLAVE

Administración pública; empleo público; retos; objetivos; reforma; cambio cultural.

ABSTRACT

The present work analyzes, taking into account the experience accumulated in the different cycles of public employment reform and the demands that public administrations currently have, the different aspects in which it would be appropriate to proceed to reform the Spanish public employment system, exploring different solutions to in order to face this challenge which, as it is concluded, is not merely normative and implies different actions in the political economy of this hypothetical process.

KEYWORDS

Public Administration; public employment; challenges; objectives; reform; cultural change.

SUMARIO

1. ¿ES PRECISO REFORMAR EL EBEP? 1.1. ¿HA FRACASADO EL CICLO DE REFORMAS QUE IMPULSÓ EL EBEP? 1.2. ¿POR QUÉ UNA REFORMA DEL EBEP NO PUEDE, POR SI SOLA, CAMBIAR LAS RÉMORAS QUE AQUEJAN AL EMPLEO PÚBLICO EN ESPAÑA? 1.3. ¿ES AHORA EL MOMENTO DE MODERNIZAR NUESTRO EMPLEO PÚBLICO? 2. LOS RETOS Y TENDENCIAS QUE MARCA-

RÁN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL EMPLEO PÚBLICO EN LA PRÓXIMA DÉCADA(S). 3. LOS CAMBIOS NECESARIOS EN EL SISTEMA DE EMPLEO PÚBLICO PARA AFRONTAR ESTOS RETOS. 3.1. LA ORGANIZACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO. 3.2. EL SISTEMA DE RECLUTAMIENTO Y SELECCIÓN. 3.3. SISTEMA DE RECOMPENSAS E INCENTIVOS. 3.4. EL SISTEMA DE INTEGRIDAD Y TRANSPARENCIA. 3.5. EL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES. 3.6. LA PROFESIONALIZACIÓN DE LA GESTIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO. 4. A MODO DE CONCLUSIÓN: CAMBIAR LA CULTURA PARA CAMBIAR EL SISTEMA. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. ¿ES PRECISO REFORMAR EL EBEP?

1.1. ¿Ha fracasado el ciclo de reformas que impulsó el EBEP?

La ventaja fundamental de nuestra burocracia pública, como oportunamente señaló Sánchez Morón (2012), es la profesionalización de nuestro régimen de empleo público que, a pesar de los pesares, se ha conseguido preservar en lo esencial desde hace prácticamente un siglo. Y ello, no obstante, indica dicho autor no haberse conseguido imponer el mérito sobre el criterio de la confianza política para el nombramiento de un número creciente de cargos de nivel superior y de ciertas disfunciones clientelares, más frecuentes en unas Administraciones que en otras. Todo hay que decirlo.

Estando conforme con dicha opinión, me temo sin embargo que, sólo con esa nota ciertamente imprescindible, no será suficiente para abordar los retos que el país enfrenta. Y es que no es menos cierto que existe un acuerdo mayoritariamente generalizado en la doctrina –igual podría decirse de los gestores de recursos humanos–, bien que por distintos motivos, de las carencias que el sistema presenta (Sánchez Morón, Jiménez Asensio, Gorriti, Fuentetaja, Cantero, Cuenca, Longo, Férez, etc.). Por resumirlo, y a juicio del primero de los autores citados, sigue siendo un sistema demasiado rígido, poco eficiente o productivo y en buena medida improvisado y desequilibrado.

Ciertamente, la observación de la realidad actual en el campo público refleja, con carácter general, un panorama necesitado de un replanteamiento y un nuevo impulso en lo que se refiere al empleo público. Y no exclusivamente en el plano normativo, sino más bien en el campo de la gestión y la profesionalización de éste. La gestión de los recursos humanos se realiza prácticamente en ausencia de establecimiento de objetivos o plan alguno, sin evaluación de los resultados, con una gran rigidez en las unidades orgánicas, en medio de la ausencia de una política de incentivos y sin una política salarial claramente definida, con un importante déficit en los mecanismos de racionalización y reasignación de efectivos en los que se ha operado –a salvo de momentos puntuales como ocurrió con la crisis económica– con una lógica incrementalista no necesariamente avalada por dato alguno, con una utilización de la formación en que sólo se tienen en cuenta los intereses de desarrollo personal de los miembros de la organización, etc. Prácticamente, y resulta un tanto desolador decirlo, en todos los campos de gestión de los recursos humanos del sector público hay amplios campos de mejora si se examina la cuestión con las «luces largas».

Y si lo hasta aquí expuesto no creo que pueda ponerse en cuestión por cualquier conocedor de ésta, también creo que puede ser unánimemente compartido que la función pública, el empleo público si queremos llamarlo así en la terminología EBEP, se enfrenta en los próximos años a innumerables desafíos derivados de distintos hechos. Entre otros, como se ha puesto de manifiesto por distintos autores (entre otros Jiménez Asensio, 2019a), las exigencias que impondrá el tránsito de una Administración analógica a otra predominantemente digital, a la previsible y masiva de pérdida de efectivos –conocimiento– que se dará en los próximos años como consecuencia de las numerosas jubilaciones (más de un millón según se anuncia), a la ingente deuda acumulada en estos últimos diez años que restringirá nuestra capacidad de respuesta a los desafíos, etc. que, junto a los retos y desafíos de los que más adelante daremos cuenta en este estudio, plantean de forma irremisible un necesario nuevo enfoque de las políticas que implementemos en este aspecto sin caer, de nuevo, en el mantenimiento de una institución que, en su planteamiento actual, está en gran medida agotada, un tanto inadaptada y carente del necesario impulso que la sociedad española requiere para acometer los cambios a los que se enfrenta.

Losada (2017) ha puesto de manifiesto que el reto a conseguir será, tanto la continuidad de los principios y límites que impone la Constitución, como un aumento significativo de la flexibilidad, una mayor tecnificación y especialización, progresar en la gestión de la heterogeneidad y una profundización en la «administración relacional» que constituyen los trazos clave que deberán informar la reforma del empleo público. Mas resumidamente, como puso acertadamente de manifiesto Longo (2004), combinar adecuadamente mérito y flexibilidad.

Creo que es justo reconocer que el ciclo de reformas que el EBEP introdujo no son suficientes o, al menos, no han dado los resultados esperados¹. Dicho ello, ciertamente tampoco comparto la opinión de que se trató de una iniciativa frustrada o simplemente que se limitó a mantener el *status quo* existente. Ese marco normativo, con algunas modificaciones necesarias sin lugar a dudas, bastaría para dar respuesta a las principales exigencias que el momento actual, y seguramente, las próximas décadas plantean al menos en la mayoría de los aspectos que se apuntarán. A título de ejemplo, entre otros aspectos, no creo que pueda culparse a la norma de la extensión deliberada del régimen funcional sin causa que lo justifique suficientemente, que sigan sin racionalizarse y flexibilizarse las estructuras organizativas, a planificarse una adecuada previsión de incorporación de efectivos, que mejoremos nuestros sistemas de selección y reclutamiento, que no se haya desplegado una política de incentivos o no se haya procedido, una vez por todas, a la implementación de una dirección pública profesional. Creo sinceramente que la respuesta no puede ser otra que no.

Entonces ¿Qué ha acontecido para que el resultado no sea satisfactorio?. En mi opinión es algo más sencillo de explicar, y seguramente más difícil de resolver. Creo que, entre otras que también podrían apuntarse, dos son las razones que explican que las dinámicas e inercias en las que se mueve nuestro empleo público en las últimas décadas se hayan terminado imponiendo. Ambas tienen que ver más con la economía política de un proceso de reformas como el que planteaba el EBEP (no suficientemente atendida) y el propio marco institucional en que éste había de desenvolverse², que con el propio texto y las propuestas que éste formulaba.

La primera es que el modelo implementado por el EBEP exigía, en nuestro marco constitucional como más adelante se expondrá, ser completado con la labor del legislador ordinario de desarrollo (Estado, CC.AA y negociación colectiva) y esa tarea no era un tema menor. El EBEP es un texto directivo, pero también dispositivo y diferido en su implementación efectiva que requería del esfuerzo y colaboración de otros niveles de gobierno. Las reformas dependen del sistema de gobernanza pública por decirlo de una vez. Y es ahí donde, tanto por factores exógenos que facilitaron la pérdida de impulso de la norma (la crisis económica de 2008 principalmente), como por factores endógenos ligados principalmente a las resistencias de los actores llamados plasmar en políticas concretas la función directiva y modernizadora que la norma contenía, se ha perdido la ventana de oportunidades y políticas en la buena dirección que la norma establecía. Nos guste o no el marco institucional del empleo público es ese. Sin grandes consensos políticos (y sindicales hemos de añadir), dada la fragmentación del sistema, será tremendamente complejo avanzar en este laberinto. Mírese, si hay alguna duda, cómo la mayoría de las propuestas que se realizan de mejora de la gestión de recursos humanos en nuestro sector público no son ni opuestas y mucho menos imposibles de implementar en el marco del EBEP. ¿Por qué no se realizan?

La labor del legislador ordinario y la labor de la jurisprudencia en ciertos aspectos tampoco ha sido de gran ayuda, bien es cierto la limitada función de esta última si exceptuamos la referida a los necesarios frenos frente a la arbitrariedad. En lo que se refiere al legislador ordinario, allí donde se ha producido (la AGE, a título de ejemplo, no lo ha realizado renunciado con ello a la necesaria labor directiva y de impulso reformador que le debiera haber correspondido), lamentablemente se ha optado, en la mayoría de sus aspectos, por mantener en lo esencial, con leves modificaciones y desde luego sin incidir en forma suficiente en los problemas apuntados, el modelo de empleo público que ya teníamos y que se revela a estas alturas exiguo para atender los retos que se ciernen sobre nuestro país.

La segunda razón tiene que ver con la capacidad de gestión de nuestras Administraciones públicas en lo que a esta materia se refiere que hace ciertamente complejo implementar una profesionalización de la gestión –en algunos casos como la esfera local dada la planta de ésta es cercano a lo imposible (Jiménez Asensio, 2019b)– que consiga los objetivos deseados por las normas y no reducir la función de gestión de recursos humanos en el sector público meramente a administrar expedientes de gestión de personal (la nó-

¹ En opinión de SÁNCHEZ MORÓN (2012) en la obra citada, «el último intento general de abordarlos, que se puso en marcha con la preparación del EBEP, ha sido en gran medida y a la postre un intento fallido, pues muchas de las propuestas que se formularon por la Comisión creada al efecto no llegaron al texto de la Ley o bien se recogieron en ella de manera ambigua o descafeinada, como meras posibilidades a concretar por una legislación de desarrollo que hasta ahora no ha visto la luz de forma generalizada. Frente al impulso reformista prevaleció una lógica conservadora del modelo existente y los intereses propios de los partidos y de los sindicatos más representativos». Y, añadamos nosotros, que cuando se han plasmado en la legislación de desarrollo se ha preservado, en gran medida, el modelo actual con puntuales cambios, más estéticos que efectivos en la práctica, que a la postre siguen sin abordar los principales problemas que en esta materia se han reiteradamente detectado y apuntado por múltiples especialistas.

² A estos efectos es de ineludible consulta el trabajo de VELASCO CABALLERO (2019) que pone de relieve las dificultades intrínsecas a nuestro sistema, tanto político como jurídico, para afrontar reformas de gran calado.

mina, los permisos, las excedencias, etc.). La experiencia pone de relieve que subsistemas de gestión de recursos humanos que podrían haber sido operados con éxito, como entre otros el sistema salarial, finalmente han terminado siendo adulterados perdiendo el carácter motivador que éste puede representar.

Por tanto, y ya conviene dar respuesta a la pregunta que se ha planteado en este epígrafe en torno a si puede considerarse el EBEP una norma fracasada, creo que debe contestarse más bien con el aserto de qué el EBEP ha sido, en verdad, una norma huérfana. Del legislador ordinario, de la jurisprudencia, de los actores llamados a implementar la reforma, etc. lo que ha sido determinante para que la misma no haya alcanzado los objetivos que se pretendieron al dictarse. Aunque bien es cierto que su promulgación ha conseguido, y no es poco, instalar en el debate público algunos de los cambios necesarios en la gestión del empleo público y ser recogidos normativamente. Sin embargo, y no debe olvidarse, los cambios en las normas no consiguen cambiar los comportamientos ni la cultura que los guía y dictada una nueva norma sino cambiamos estos extremos se seguirán produciendo similares resultados.

No quiero, sin embargo, restar capacidad a las normas para resolver muchas de las lagunas que se dan en este ámbito, pero sí poner de relieve simplemente, como ya se ha hecho notar, que la mera existencia de las mismas no cambiará por sí solas muchos de los defectos que se vienen señalando. Y nuevas normas, sin una lectura adecuada de por qué no se obtuvieron los resultados deseados con las normas que se desechan, me temo que nos condenará de nuevo a lamentarnos pasado un tiempo del fracaso de las mismas como han puesto de relieve algunos estudios como los realizados por la OCDE (2006) evaluando los ciclos de reformas en el sector público y que ponen de relieve, tanto que los cambios hechos en las reglas, estructuras y procesos no consiguen por sí solos cambiar los comportamientos y las culturas, cómo que las reformas sólo serán efectivas cuando consiguen inducir el cambio en una diversidad de actores. Y es que quizás lo más relevante son las lecciones aprendidas. En efecto, cuando se habla de reformas del sector público, en opinión de la OCDE en el citado Informe, si bien éstas han conseguido que los gobiernos en general sean hoy más eficientes, transparentes, receptivos y focalizados en el desempeño que con anterioridad, no cabe olvidar distintos aspectos que, como la complejidad del sistema de gobernanza pública en que éstas se insertan, concebir las reformas como un proceso continuo y el necesario cambio cultural que implican exigen consideraciones adicionales. Amén de ser conscientes de que una reforma integral del empleo público no puede desgajarse de una más amplia que afecte a la organización, procedimientos y formas de actuación del conjunto de nuestras Administraciones públicas.

A buen entendedor pocas palabras basta dice un refrán castizo en nuestro país. Quizás si se considerase estas cuestiones tendríamos un mayor éxito en las reformas que del sector público, y del empleo público como elemento inescindible de éste, se abordasen.

1.2. ¿Por qué una reforma del EBEP no puede, por sí sola, cambiar las rémoras que aquejan al empleo público en España?

La aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público supuso, en nuestro sistema constitucional de relación bases-desarrollo, una nueva propuesta legislativa que creo ha llegado para quedarse en buena medida dado nuestro sistema de cogobernanza pública como ahora gusta, no sin cierta imprecisión, denominarlo. En efecto, como es suficientemente conocido, las propuestas formuladas partían de elaborar un Estatuto Básico de menor extensión, que contuviese normas de aplicación directa, pero con una eminente función directiva, susceptible de ser adaptado por la legislación de desarrollo a las características propias de cada Administración, de acuerdo con las opciones de los órganos parlamentarios y de gobierno competentes; un Estatuto, como se indicaba en el Informe que precedió a éste realizadas de forma previa por una Comisión constituida al efecto, «que contenga solamente aquello que convenga regular para el conjunto de las Administraciones Públicas».

En el sentir de la Comisión aludida el Estatuto debería constituir una norma básica que permitiese a todas y a cada una de las Administraciones, sobre la base de un sustrato común de derechos y deberes de los empleados públicos, acometer las reformas específicas que requiriese la modernización de su sistema de empleo público permitiendo adaptar su modelo de empleo público a los requerimientos y las finalidades de su propia organización. Las propuestas de la Comisión, por tanto y en esta línea, acogían distintas posiciones de lo que debía ser entendido como básico, verbigracia: en unos supuestos, el Estatuto debería contener normas de obligado cumplimiento; pero en otros casos dichas normas no tendrían sino un carácter habilitador o de directriz. Inclusive el texto final, y según lo ya expuesto, acogió otras funciones de lo denominado básico, ciertamente más discutibles, como norma o menú dispositivo o de configuración de un estándar

mínimo o supletorio en otros supuestos. Lamentablemente, y creo que esto si debiera de ser una lección aprendida, los principales vectores de impulso de una nueva gestión de los recursos humanos en el sector público solo tuvieron, en la mayoría de los casos, un carácter meramente orientativo.

El resultado inmediato de esta propuesta legislativa se tradujo en separar netamente la función constitucional específica de ordenación competencial atribuida al Estado a través de la legislación básica, de la función de regulación ordinaria en el ejercicio de sus competencias que no puede ni debe confundirse con la anterior si bien no era esto lo que había ocurrido hasta ese momento (Balaguer Callejón, 2006). Se produjo, con ello y a efectos prácticos de lo que en este punto interesa subrayar, un efecto indirecto en el legislador estatal de contención a la hora de establecer las bases del sistema de empleo público que sólo y exclusivamente se refirió a aquellos aspectos que consideraba estructurales del sistema de empleo público de todas las Administraciones públicas remitiendo a leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas el desarrollo de dichas previsiones a fin de que completasen el modelo de empleo público que, por definición constitucional, es un modelo que ha de ser definido en su integridad con la colaboración de estas Administraciones. De otro lado, y por esa misma razón, hacía descansar la responsabilidad de la mejora del modelo respecto de su propio empleo público en la AGE, las Comunidades Autónomas y los entes locales cuya colaboración era imprescindible para que las lógicas impulsadas por la reforma alcanzasen el éxito que se pretendía.

Por tanto, tras su aprobación, correspondía fundamentalmente a la AGE y a las Comunidades Autónomas continuar la senda emprendida en esta reforma que, sin duda, se emprendió tras una cierta demora³. Desgraciadamente los hechos acontecidos en estos últimos años –primero la crisis económica y ahora la derivada de la pandemia– han ralentizado las reformas emprendidas allí donde se habían iniciado, han demorado las mismas en aquellas CC.AA que no las habían emprendido y, en fin, también ha acentuado algunas disfunciones del sistema muy específicamente en el sector local donde la normativa de la crisis (la LRSAL) introdujo más confusión que soluciones a los problemas que ya estaban planteados.

En cualquier caso, del planteamiento efectuado cabe desprender una primera conclusión. No basta, ni mucho menos, una reforma del EBEP para abordar la necesaria reforma del empleo público. Si duda será esencial, pero se ha de ser consciente de que el modelo constitucional de empleo público no se construye en exclusiva por el Estado. Y en ese intento realizado a partir de 2007 no se ha tenido el éxito esperado. Inclusive algún autor como Jiménez Asensio se ha preguntado, y con razón hemos de añadir, si en verdad podemos decir que existe una institución como la función pública en nuestro país o «no existen más que una diáspora desordenada de funcionarios o empleados públicos que dependen de una u otra administración pública, cuya única nota común es una cada vez más vaga e inadaptada legislación básica, así como un isomorfismo institucional propio de la pereza de los legisladores o de la resistencia al cambio de la propia burocracia (siempre cómoda en su zona de confort) reforzada por la defensa numantina de prerrogativas de los empleados públicos por un sindicalismo con mirada estrecha, cuando no corporativa»⁴. Existe, ciertamente, un riesgo de fragmentación del sistema como consecuencia de la descentralización realizada, más bien de las patologías asociadas a ésta, que no debe ser obviada y que requiere la articulación de técnicas que reconduzcan a una cierta homogeneidad el modelo a fin de poner un freno efectivo a ese proceso.

³ Esta demora, inexplicable ciertamente, puede encontrar explicación, a juicio de JIMÉNEZ ASENSIO y CASTILLO BLANCO (2009: 104), en dos factores: «El primero, como se ha visto, es que el EBEP es una norma compleja que hasta cierto punto supone un cambio de paradigma en el modo y manera de configurar el empleo público. Requiere un cambio de cultura de la organización, una inversión en nuevos instrumentos y herramientas de gestión, así como una potenciación y refuerzo institucional de las unidades de gestión de recursos humanos en las Administraciones Públicas. En suma, un cúmulo de retos, pero que abren asimismo no pocas oportunidades para una mejora y modernización de las vetustas estructuras y métodos de gestión de personas en nuestras organizaciones públicas. El segundo factor, mucho más contingente (al menos eso esperamos), es la crisis económica que azota a las economías occidentales (aunque se puede afirmar que es una crisis globalizada) y, especialmente, a España. El EBEP es, y así se debe reconocer, una norma “cara” en su aplicación, sobre todo depende como se haga esta. Dicho rápidamente, poner en marcha un buen sistema de evaluación del desempeño, así como luego aplicarlo de forma óptima, requiere un gasto notable. Lo mismo se puede decir de la implantación de un sistema de carrera profesional horizontal, pues si no se hace de forma escalonada y racional el incremento de gasto puede generar puntas insostenibles que presionen sobre unos depauperados presupuestos. En menor medida, una buena dirección pública profesional requiere de alguna necesaria inversión, así como la puesta en marcha de una potente unidad de recursos humanos exige gasto».

⁴ Puede verse, en este sentido, las atinadas reflexiones del autor en “Una función pública para transformar España” en <https://rafaeljimenezasensio.com/2020/09/27/una-funcion-publica-para-transformar-espana-i/> quien reflexiona «que la institución de función pública ofrece una realidad muy variopinta y escasamente compacta como consecuencia de su acantonamiento estructural en los niveles de gobierno, que disponen de subsistemas de personal cerrados entre sí, sin vasos comunicantes ni pasarelas o tránsitos horizontales ni tampoco verticales entre los profesionales que los conforman. En un universo hermético como es el descrito, la endogamia y la visión estrecha de sus propios problemas domina e hipoteca, cuando no empobrece, la función pública española del siglo XXI».

Pero eso no es todo. Si alguna lección aprendida puede sacarse del ciclo de reformas iniciado con el EBEP sin duda alguna es la incapacidad del marco normativo impulsado como se ha hecho hasta ahora, por sí solo, para transformar el empleo público. Se exige, más allá de ello, un gran acuerdo político, sindical e institucional ya que las reformas normativas que se emprendan han de contar con la complicidad del legislador autonómico pues no se olvide que el grueso de nuestro empleo público se encuentra en el ámbito autonómico y en el local y es a éste legislador, y a la negociación colectiva en lo que se refiere al ámbito laboral, al que compete tomar decisiones más concretas que plasmen en la práctica los principios que inspiren una eventual reforma. En caso contrario me temo que cualquier intento se verá capitidismuido y anulado finalmente, como hasta ahora ha sucedido en los intentos de reforma acontecidos desde la década de los sesenta del pasado siglo, por los indisimulados «intereses» existentes en este ámbito.

1.3. ¿Es ahora el momento de modernizar nuestro empleo público?

Cualquier observador informado contestaría afirmativamente a la pregunta planteada. Aún más, seguramente añadiría que llegamos tarde. El empleo público en España constituye un importante colectivo. Más de dos millones y medio. Un funcionamiento adecuado de éste, por tanto, y a la vista de tales cifras, no resulta una cuestión menor para el conjunto de nuestras Administraciones públicas. La idoneidad y eficacia de los servicios que se prestan a los ciudadanos van a depender, en gran medida, de su adecuada estructuración, profesionalización y motivación.

Y es que ahora, con pandemia o sin ella, es necesario retomar la senda de reformas. La construcción de la burocracia profesional que nuestro país demanda así lo exige. Y también, por ello, es un buen momento para tener en cuenta nuevos elementos en relación a la prestación de los servicios que estos años nos han puesto de relieve, entre otros a los que se hará referencia, a la prestación de servicios mediante el denominado «teletrabajo», las cuestiones atinentes a la integridad pública o, por apuntar una última cuestión, la rigidez todavía existente en la movilidad y funciones a desarrollar por los empleados públicos. Por demás, los grandes motores de cambio que introdujo el EBEP siguen en gran medida adormecidos, a saber: a) La carrera profesional (sobre todo la implantación de la carrera horizontal); b) La evaluación del desempeño; y c) La figura del directivo público profesional. Pero a éstos creo que conviene añadir algunos otros que parecen, a día de hoy, ineludibles.

Si efectivamente, y como se reconoce con carácter general, nuestro país ha sufrido importantes cambios en las últimas cuatro décadas, dichas transformaciones no se han traducido suficientemente en las formas de operar de nuestras instituciones públicas que no han experimentado similar transformación a fin de conseguir un sector público que racionaliza sus recursos y que ha de optimizar sus resultados a fin de constituirse, más que en una rémora, en esa infraestructura imprescindible que proporciona credibilidad y seguridad en el cumplimiento de sus compromisos de servicio a la sociedad en su conjunto y a cada uno de los ciudadanos para mantener la capacidad de supervivencia y competitividad del país en el mundo globalizado e interdependiente en el que nos movemos.

Este cambio de perspectiva, como se ve en cierto sentido impuesta por un conjunto de circunstancias, obliga a replantear nuestro sistema de empleo público que, globalmente, parece más pensado para responder a las necesidades de una sociedad y a una Administración de otra época, pero no de la era post-industrial, tecnológica y telemática, cambiante y de incertidumbre en que nos movemos en la actualidad. Una era, por utilizar un término que se ha popularizado, disruptiva que nos obliga a despojarnos de visiones ancladas en el pasado (una época VUCA).

Se hace precisa la introducción de nuevas claves y de nuevas herramientas y despojarnos de ciertos mitos y tabúes para afrontar la exigencia de resultados que una sociedad madura y desarrollada plantea a nuestras Administraciones públicas. Es necesario, pues, un nuevo concepto de responsabilidad que realce, al menos en igual medida, la consecución de metas y objetivos con el respeto ineludible y necesario en una sociedad democrática a los principios de legalidad y de seguridad jurídica. Es decir, es preciso que pensemos sobre el exceso de reglas formales en nuestros procedimientos (derivadas, bien es verdad, de la desconfianza existente hacia nuestros responsables públicos que en más de una ocasión, como hemos podido apreciar en los últimos años, la justifican) y los efectos contradictorios, y en algunos casos meramente retóricos, que pueden provocar, con la ausencia, en forma paralela, de mecanismos reales de exigencia de responsabilidad basada en los resultados para nuestros responsables y servidores públicos. La pandemia ha tenido la virtud de mostrar carencias de las que deberíamos sacar conclusiones (tramitación de lo denominadas «ertes» o del ingreso mínimo vital entre otras cuestiones).

Como se ha puesto de relieve en algunos informes (Catalá y Cortez, 2020) es ahora cuando el déficit de renovación de nuestras Administraciones empezará a pasar factura a fin de enfrentar los retos que está planteando esta pandemia y la subsiguiente crisis fiscal que nos aguarda a la vuelta de la esquina⁵. Bien es cierto que no solo esos retos han de enfrentarse, sino que también hay otros de carácter estructural en este nuevo siglo que por sí solos ameritarían replantearnos una profunda reforma y a los que seguidamente nos referiremos.

2. LOS RETOS Y TENDENCIAS QUE MARCARÁN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL EMPLEO PÚBLICO EN LA PRÓXIMA DÉCADA(S)

Como ha puesto de relieve Ramió (2017) la Administración pública no es una variable independiente sino una variable muy dependiente de otras como la economía, la sociedad, la política y la tecnología. Su hipótesis es que el estudio de la Administración pública solo puede avanzar, para lograr un futuro perfecto, si se vincula más con la economía y con la sociedad, dado que los desafíos de las administraciones públicas son institucionales y guardan relación directa con los grandes problemas y retos económicos, políticos, tecnológicos y sociales.

Pues bien, si admitimos que un Buen Gobierno es aquel que en sus procesos de producción de políticas públicas genera valor añadido realizando correctamente su función también coincidiremos en que ese proceso se materializa en dos direcciones fundamentalmente: en primer lugar, generando bienes públicos pertenecientes a todos que permitan mejorar las condiciones de vida del cuerpo social; y, en segundo lugar, dando respuesta a las demandas de la ciudadanía.

También se hace evidente que la necesaria reforma del Estado para conseguir un Buen Gobierno asimismo trasciende a la Administración como «instrumento primario de éste en la acción de configuración e integración sociales»⁶. La crisis del Estado del bienestar, de las formas clásicas de intervención pública, ha arrastrado a redefinir el perfil de la Administración pública. Y es que, como señala Schmidt-Assmann (2001: 25), si los Estados son esencialmente Estados administrativos, resulta entonces evidente que las grandes transformaciones que en la actualidad están sufriendo tanto el Estado, la economía y la sociedad, van a producir a su vez –y de hecho se están produciendo– importantes y variadas consecuencias respecto a las Administraciones públicas. La actual situación de la Administración, expresa con acierto dicho autor, se encuentra así determinada por la idea de transformación.

El Estado europeo occidental viene atravesando un largo periodo de transición. El desarrollo del modelo económico, social y político y la crisis económica han venido generando nuevas condiciones en las que el modelo de Estado, hasta ahora indiscutido, se revela no suficientemente adecuado para conducir los procesos sociales y resolver los problemas derivados de la convivencia. La vertiginosa evolución social ha venido poniendo en tela de juicio los principios y categorías en los que el Estado basaba su organización y está haciendo emerger nuevos mecanismos y nuevas técnicas de gestión alternativas a las hasta ahora conocidas por nuestros sistemas de actuación administrativos para hacer frente a las exigencias que las transformaciones sociales plantean.

Concretamente, y como ha señalado Schmidt-Assmann (2001: 6), la crisis del Estado de bienestar se ha proyectado sobre las Administraciones de tres formas distintas. En tanto crisis de recursos, conduce a una reducción de medios económicos, personales y materiales que, a su vez, exige una mayor economía en la Administración de los recursos disponibles. De esta forma, se indica que las consideraciones relativas a la eficiencia, al tiempo y a los costes desempeñan en la actualidad un papel más relevante en la ejecu-

⁵ Destacan dichos autores que «La reforma del empleo público es una de las reformas pendientes que tiene nuestro país. Aunque en las últimas décadas se han sucedido los cambios legales la realidad es que, en lo sustancial, el modelo ha permanecido inalterable desde su nacimiento en el siglo XIX y el posterior Estatuto de Maura de 1918. Son diversas las razones que han impedido avances en esta dirección: los diferentes ritmos de la *policy* y las *politics*, el desgaste que supone una reforma complicada y de réditos inciertos, los intereses corporativistas o la fragmentación competencial de nuestro modelo son algunas de ellas».

⁶ Véase PAREJO ALFONSO. L. (1991): *Crisis y renovación en el Derecho Público*, pág. 22. Madrid: CEC. Asimismo, sobre la crisis del modelo de Estado puede consultarse, entre otros, el estudio de PAREJO ALFONSO. L. (1999): «El Estado como poder y el derecho regulador de su actuación, hoy; algunas de las transformaciones en curso», en *Revista del Clad. Reforma y Democracia*, núm. 15, pág. 145, en donde se afirma que existe en todo caso una puesta en duda de la configuración y papel establecidos del Estado y, por tanto, una demanda de transformación de éste en un contexto de convivencia y pugna entre ideas y tendencias contrapuestas o, al menos, diferentes, con la consecuencia de una notable desorientación tanto sobre los medios como sobre los fines.

ción de programas administrativos y en su momento sirvieron para el desarrollo por parte de la doctrina del *new public management*. De otro lado, esa crisis del Estado de bienestar ha motivado un «replanteamiento crítico del catálogo de tareas administrativas» que, en distintos sectores, dieron lugar a intensos procesos de privatización. Por último, y en tercer lugar, la crisis del Estado social también es la crisis del concepto clásico de «dirección» e indica dicho autor que los instrumentos regulatorios del Derecho Administrativo que hemos heredado como las órdenes o prohibiciones formalizadas en actos administrativos, no parecen ser ya suficientes, o al menos no parecen serlo por sí solos. Ello conduce a la necesidad de complementar los instrumentos de dirección tradicionales con técnicas de actuación administrativa informal y cooperativa.

En cualquier caso, es preciso subrayar que existe una cierta coincidencia en la insolvencia del instrumental que las Administraciones públicas tienen a su disposición para hacer frente a este conjunto de retos. Y es que si el Estado asume nuevas funciones que le demandarán esos retos será necesaria una renovación de las herramientas de que se sirve para dar respuesta a éstos. Todo ello ha provocado que desde un sector doctrinal se apunte que los principios básicos del Derecho Administrativo y los fundamentos de la actual gestión pública pertenecen, en parte, al Estado Liberal lo cual supone una disfuncionalidad que debe ser superada.

En definitiva, nos enfrentamos al complejo reto de adecuar nuestras Administraciones a la nueva situación que demanda la actual realidad económica y social que además es interdependiente del contexto internacional. Y es que, en efecto, la gobernanza nacional cada vez es más dependiente, en la práctica subordinada, de las decisiones que se toman en el exterior. Un mundo global interdependiente con diversos actores que tienen intereses transnacionales e intersectoriales, así como el surgimiento de una conciencia global y un nuevo contrato social para la ciudadanía, están cambiando el proceso de toma de decisiones y aumentando la necesidad de una cultura anticipadora de elaboración de políticas.

Y cuando se ha planteado como será la Administración del futuro, desde la academia, se han avanzado distintas líneas sobre las que se asentará esta. Así Uvalle Berrones (2009) señala las siguientes: 1. democratización de la administración, 2. relación principal-agente, 3. visión de redes, 4. gestión y responsabilidad, y 5. implementación de capacidades públicas. Ramió (2017), por su parte, estima ineludible una nueva ética y valores de carácter público que contribuya a la renovación de la cultura institucional y pone así en el centro del debate un listado de valores (ética, sostenibilidad, transparencia, coherencia política, valentía...) que deberían ser tenidos en cuenta en la definición de un buen modelo democrático y un buen sistema de gobernanza compleja. E indica, asimismo, entre otras, un conjunto de tendencias que se vislumbran para afrontar los retos del futuro, a saber: los nuevos roles que el Estado ha de desarrollar, el previsible establecimiento de una gobernanza institucionalizada e inteligente: modelo en red de metagobernanza (dominado por el ámbito público en el que las instituciones públicas asumen el rol de metagobernador) de elevada institucionalización e innovación, el incremento de la colaboración público-privada, la necesaria renovación de las arquitecturas organizativas actuales y la superación del déficit en liderazgo político.

Desde nuestro punto de vista, y aunando distintas visiones sobre las tendencias de los aparatos administrativos, los próximos años dibujarán una Administración presidida por las siguientes tendencias que, aunadas todas y las interacciones que generan entre sí, ofrecen un marco necesario para articular las respuestas que nuestro sistema de empleo público debe ofrecer:

1. *Una Administración más democrática: gobierno abierto, participación ciudadana y redes sociales.*

La crisis del Estado y de la Administraciones pública conduce a su replanteamiento; a una nueva concepción de la actuación de la Administración y de su relación con el ciudadano. La necesidad de mejorar las relaciones entre los ciudadanos y la Administración es considerada en todos los países como una obligación inexcusable que ha de constituir un objeto irrenunciable de los diferentes procesos de reforma de las Administraciones públicas.

El modelo burocrático aún subsistente garantiza valores que han de permanecer en cualquier caso y que deben ser valorizados. La eficiencia, impersonalidad, profesionalización y sujeción al Estado democrático de éste y su sujeción al Estado de derecho siguen siendo valores útiles del sistema. Siendo útiles son seguramente un tanto insuficientes para asegurar la participación de la ciudadanía en las labores públicas. Y es que la Administración pública burocrática de tipo tradicional, por sí misma, no tiende a establecer un sistema que permita su apertura y accesibilidad para que sea conocida en el espacio de lo público. Sin embargo, la profundización democrática de nuestra Administración exige articular normas, reglas y procedimientos, cuyo objeto sea acercar la administración pública a los ciudadanos, en un ejercicio abierto que consiga formas de comunicación para que las estructuras de operación no sean ajenas ni distantes a éstos.

Como consecuencia del grave problema del descrédito de instituciones y representantes políticos en España se ha reforzado la exigencia de eficacia y responsabilidad en la acción de gobierno. Para ello, se hace necesario el fortalecimiento de la democracia a través de mecanismos permanentes de gobierno abierto, control de la transparencia, y rendición de cuentas, a la vez que se trata de fomentar en la gobernanza valores positivos como la ética, la flexibilidad y la eficacia. De esta forma, en el modelo de gobernanza que se propugna el papel que se le atribuye a los ciudadanos es diferente pues dejan de representar un papel pasivo receptor de prestaciones y servicios para la satisfacción de sus necesidades para ser sujetos de derechos y deberes. De esta manera, se da un tránsito en su consideración de usuario cliente a ciudadano activo. Se trata de un ciudadano que tiene una dimensión individual propia pero también una dimensión social. En este sentido, la gobernanza se caracteriza, entre otros extremos, por un involucramiento de la ciudadanía para afrontar los retos sociales, ya que una buena gobernanza necesita de una ciudadanía activa y comprometida con lo público, por lo que se precisa disponer de canales de participación en la toma de decisiones (Pascual Esteve, 2011: 90, 97 y 99)⁷. La idea es transitar del concepto de atención ciudadana para sustituirlo por el de interacción con la ciudadanía.

En suma, la transparencia y la participación ciudadana se han erigido en un aspecto prioritario y transversal. Se requiere de un modelo de administración pública capaz de generar redes y de escuchar, atender y compartir las demandas de la ciudadanía. La participación ciudadana se encuentra en el núcleo mismo de la idea de democracia: diálogo con la ciudadanía para abordar los problemas, escuchar y compartir las soluciones.

En este sentido, se da paso a una nueva funcionalidad de la Administración, la cual al gestionar los intereses colectivos debe propiciar medidas que impliquen la colaboración de los ciudadanos, ya que la Administración no es dueña del interés público sino que está llamada a articular una adecuada intercomunicación con los agentes sociales para definir las políticas públicas; quiere esto decir que los ciudadanos no deben ser solo sujetos pasivos de las potestades públicas, sino que deben aspirar a ser legítimos colaboradores y protagonistas de la Administración para la gestión de los propios intereses que les afecten.

Es necesario, por ello, generar nuevos mecanismos para la implicación de la sociedad civil en los asuntos públicos, como coformuladora y coproductora en las políticas sociales, e incluso cogestora de servicios públicos. Esta participación mejoraría, además, el nivel de información que tienen los responsables públicos en relación a las necesidades y las demandas de la ciudadanía. Ha de apostarse por políticas sociales con liderazgo de la acción social colectiva (status sociales); innovación social que incluya nuevos productos y servicios (por ejemplo, la economía compartida); nuevos procesos (como los de cocreación), nuevas normas y reglamentos y nuevas formas organizativas (por ejemplo, las empresas sociales).

De otro lado, en el marco de las Administraciones públicas las redes sociales han pasado a formar parte de un ecosistema para difundir y comunicar mejor, como herramienta de transparencia, de participación ciudadana en el ámbito del gobierno abierto o como herramientas para mejorar las relaciones con la ciudadanía. En los últimos años se han empezado a publicar estudios sobre cómo es o debería ser el papel del sector público en el entorno 2.0 y ya empieza a existir bibliografía sobre aspectos teóricos y buenas prácticas en este ámbito.

Ahora bien, si en general se empezaron a utilizar como herramientas que complementaban y ampliaban el abanico de posibilidades de comunicación con una finalidad de llegar a un colectivo de ciudadanía que no tenía la web institucional como herramienta habitual de consulta y relación dado que tradicionalmente utilizaba las propias redes sociales como herramientas para otros ámbitos de su vida, su funcionalidad ha ido transmutándose de ser meras herramientas de comunicación para pasar a ser herramientas que reducían la distancia entre la ciudadanía y las administraciones públicas, generando «una confianza social y política indispensable para avanzar social y económicamente».

En la actualidad, y en definitiva, las redes sociales han ampliado su radio de acción y se utilizan, junto con la comunicación, para conseguir otras finalidades de mayor alcance: el gobierno abierto, la transparencia, la cocreación de servicios públicos con la ciudadanía y como un nuevo elemento de cambio e innovación para transformar la prestación de servicios públicos para crear nuevo valor público. Para Graells y Ramilo

⁷ Asimismo, sobre el papel de la participación ciudadana en la gobernanza puede consultarse el capítulo 11 de dicho estudio titulado "Participación y compromiso cívico de la ciudadanía", págs. 271 y ss. Este autor diferencia los planteamientos de participación propios del gerencialismo público –centrados en la provisión de los servicios financiados con fondos públicos y su gestión– de los sistemas de participación en gobernanza democrática, o modelos de deliberativo-relacionales, que buscan el compromiso y colaboración de los sectores ciudadanos con la ciudad o región, págs. 296 y ss.

(2013) trabajar en red supone un notable cambio en la manera de hacer las cosas y de dirigirse a los ciudadanos y ello requiere la adopción e implantación de nuevos principios de actuación por parte de los trabajadores públicos tales como la ubicuidad, la colaboración, la transparencia, la proactividad, etc. así como la horizontalidad, la igualdad o la universalidad en el acceso a la información.

Las redes sociales se pueden convertir, en este sentido, en una potente herramienta al servicio del *open government*, fomentando la creación de unas instituciones públicas mejor informadas, más innovadoras, más centradas en la ciudadanía y, por tanto, más democráticas. Y ello exige nuevos perfiles y habilidades en los empleados públicos.

2. Una Administración con nuevos principios, valores y derechos: el derecho al patrimonio público.

Las necesidades que la sociedad percibe, los valores, la visión respecto de que bienes son deseables y cuáles imprescindibles varían en el tiempo y es por ello que el Derecho debe ser dinámico para adaptar su concepción de justicia a las exigencias de la sociedad, y de regular las formas de hacer y proceder de los poderes públicos, por lo que debe ser acompañado y acompañar la evolución de las otras ciencias sociales: la sociología, la historia, las ciencias políticas y por supuesto, la economía. Pues bien, en estos momentos el Derecho, y muy singularmente el Derecho administrativo, está llamado a dar respuesta a la nueva sensibilidad social surgida durante la crisis económica que reclama una mayor ética pública y unos derechos de la ciudadanía a exigirla.

En momentos como los actuales la ciudadanía exige derechos que, hasta ahora, o creíamos salvaguardados por los poderes públicos, o, mucho más sencillo, no nos imaginábamos como actores de los mismos. Así ha sido históricamente con otros derechos como los derechos civiles, políticos o sociales y así ocurre en la actualidad con los derechos supraindividuales o colectivos. Desde los trabajos de Skinner (1978) y Pettit (1997) en torno al denominado «republicanismo» parece preciso incorporar a la lógica de construcción del Derecho administrativo la idea de que la democracia implica una afirmación de la ciudadanía tendente a buscar el equilibrio entre los derechos individuales y colectivos, entre el campo de lo público y lo privado, entre los valores republicanos, liberales y sociales.

Y ello implica, de forma necesaria, el reconocimiento de derechos de la ciudadanía que van más allá de los que hasta el momento habían sido reconocidos. Efectivamente, y como inclusive con anterioridad pusiera de manifiesto Marshall (1950), uno de los procesos sociales más significativos en la extensión del poder y el alcance de las actividades del Estado ha sido la ampliación de los derechos de ciudadanía. Por derechos de ciudadanía, a juicio de Marshall, han de entenderse aquellos derechos que acumula una persona simplemente por ser un ciudadano de la nación. Y de esta forma, el desarrollo de la ciudadanía supuso históricamente la afirmación progresiva de los derechos civiles, posteriormente de los derechos políticos y, a continuación, de los derechos sociales⁸. Y aún cuando, ciertamente, los mismos no hayan alcanzado plenamente su efectividad, no es menos cierto que desde la mitad del pasado siglo se han alumbrado nuevos derechos, los también denominados derechos republicanos, que aún no han sido, al menos en todos los supuestos, refrendados legalmente y efectivamente ejercidos, si bien lo cierto es la afirmación de una efectiva tendencia dirigida hacia su progresivo reconocimiento y protección por el Derecho.

El concepto de ciudadano se ha ido desarrollando progresivamente en la medida en que los individuos adquirían derechos y extendían su participación a la creación de la ley. Dicho proceso, que se aleja de los derechos naturales, no es sino el resultado de una lucha histórica en virtud de la cual los individuos y los grupos sociales han luchado por su afirmación. De esta forma, a finales del siglo xx, y como también ha puesto de relieve Bresser-Pereira (2001)⁹, ya se mantenía que ha aparecido un cuarto tipo de derechos: los derechos de la ciudadanía (protección del ambiente, el derecho a la ciudad, el patrimonio público, etc.).

⁸ Aunque debe advertirse que, sin perjuicio de lo expuesto, HABERMAS, J. (1992): *Between facts and norms*. Cambridge, MA: The MIT Press, ha advertido que el análisis de Marshall explica una historia lineal que no hace hincapié en la importancia de los derechos políticos y expone que «De hecho, sólo los derechos de participación política fundamentan el marco legal de los derechos reflexivos y autoreferidos de los ciudadanos. Las libertades negativas y los derechos sociales pueden, en comparación, ser concedidos por una autoridad partenarista. En principio, el Estado Constitucional y el Estado de Bienestar son posibles sin una Democracia».

⁹ Ya desde la segunda mitad del siglo xx surgieron en diversos documentos de Naciones Unidas los denominados derechos de tercera generación que incluían elementos tales como la solidaridad, la paz o el desarrollo económico, aunque como ha puesto de relieve BOBBIO éstos no son sino una categoría que es aún muy imprecisa y vaga. Contemplan cuestiones de carácter supranacional como el derecho a la paz, a un medio ambiente sano, a la identidad nacional y cultural, a la justicia internacional, al uso de los avances de las ciencias y la tecnología, a la protección del patrimonio común de la humanidad, al desarrollo sustentable, etc.

Si los derechos civiles son derechos individuales, que protegen al individuo mientras éste persigue su propio beneficio, los derechos republicanos son derechos colectivos que protegen a la colectividad. De esta forma, los derechos republicanos se manifiestan, entre otros supuestos¹⁰, y junto a que los ciudadanos tienen derecho a que la res pública siga existiendo y sirviendo a todos más que ser apropiada por grupos patrimonialistas o corporativistas que actúan en la sociedad como «buscadores de rentas» (*rent-seeking agents*), en otros que como el espacio urbano, el patrimonio histórico o el medio ambiente se corresponden con bienes jurídicos cuya titularidad es compartida por la ciudadanía.

Estos derechos, por tanto, de carácter colectivo son, sin embargo, derechos ejercitables individualmente en la medida en que cada individuo es portador de éstos y, en esa misma medida, debiera tener legitimación para defenderlos.

Específicamente ha de hacerse referencia al derecho al patrimonio público como derecho supraindividual que se manifiesta en los derechos de los ciudadanos a defenderse de aquellos que intentar apropiarse, de manera individual, de los bienes que pertenecen o deben pertenecer a todos (Bresser Pereira, 2001: 7). Forma parte éste de ese conjunto de derechos republicanos que surgen con la universalización del proceso de democratización que exige a los ciudadanos un mayor interés por los asuntos públicos y que demandan un mayor control social del ejercicio del poder público.

Y es que la corrupción es una de las cuestiones más erosivas de nuestro tiempo. Las agencias internacionales han puesto de relieve que malgasta los recursos públicos, aumenta la desigualdad económica y social, alimenta el descontento y la polarización política y disminuye la confianza en las instituciones. De esta forma, y en general en el mundo contemporáneo, pero por sobre todo en las democracias avanzadas se observa un crecimiento importante del interés por una nueva ética pública o ética de las instituciones públicas y, por tanto, de la extensión de unos valores y normas de conducta a quienes son servidores públicos y deciden, gestionan o administran bienes y servicios públicos¹¹. A imagen y semejanza de las políticas empresariales que se impulsaron desde mediados de la década de los noventa del siglo XX sobre «buen gobierno corporativo», también en el sector público la irrupción en escena de la ética institucional ha sido intensa en los últimos años.

3. Una Administración digital.

El desarrollo de las nuevas tecnologías ha influido sustancialmente en cómo realizamos muchas de nuestras actividades diarias. Así, entre otras cosas, ha modificado nuestra forma de comunicarnos, de buscar información y archivarla; cómo disfrutamos del tiempo de ocio; e incluso en la forma de desempeñar nuestra actividad laboral (y sino véase la irrupción del teletrabajo o cómo desarrollamos en la actualidad la actividad investigadora).

De esta forma, entre las grandes tendencias a las que habrá de enfrentarse la Administración destacan de forma relevante el desarrollo de tecnologías disruptivas y los cambios tecnológicos que impulsan nuevos paradigmas de relación de la ciudadanía con las Administraciones y la reutilización eficiente de información que implicarán, a buen seguro, cambios en el sector público tal y como hoy lo conocemos. A título de ejemplo, el uso de *chatbots* basados en el procesamiento del lenguaje natural como primera interfaz entre los ciudadanos y las AA.PP permite ya –por ejemplo en EE.UU– reducir los tiempos de respuesta y aumentar las capacidades de focalizar a los funcionarios públicos en tareas de más valor social.

La Administración digital, por esta y otras razones, ya no es una opción. Parece evidente –legalmente ya resulta exigible en distintos ordenamientos–, que los servicios electrónicos son irrenunciables en la actualidad y lo van a ser todavía más en el futuro próximo. Si, como ha puesto de relieve la Fundación Telefónica (50 estrategias para 2050: el trabajo y la revolución digital en España), se reclama un papel ejemplarizante del sector público, con un uso intensivo de tecnología y aplicación de soluciones a los servicios y retos socia-

¹⁰ Al menos tres derechos republicanos deben ser señalados en la actualidad, a juicio de (BRESSER-PEREIRA, 2001), el derecho al patrimonio medioambiental y urbano, el derecho al patrimonio cultural y, por último, el derecho al patrimonio económico-público que hasta ahora se han manifestado, con carácter general en el Derecho público como intereses difusos, pero que reclaman su conversión en derechos y que inciden en la defensa de esos bienes colectivos.

¹¹ Los riesgos en materia de integridad están presentes en las distintas interacciones entre el sector público y el sector privado, la sociedad civil y las personas físicas, en todas las fases del proceso político y del ciclo de elaboración de políticas públicas, por lo que esta interconexión exige de un enfoque integrador que abarque al conjunto de la sociedad a la hora de mejorar la integridad pública y reducir la corrupción dentro del sector público. Disponer de una adecuada infraestructura para la integridad resulta crucial para la gobernanza pública, salvaguardando el interés general y reforzando valores fundamentales como el compromiso con una democracia plural basada en el imperio de la ley y el respeto a los derechos humanos.

les (compra pública), promoción directa de *startups* tecnológicas y otras políticas de apoyo, el sector público, ahora como empleador, deberá plantearse qué implica la digitalización en su forma de funcionar y añadir valor en sus procesos de producción de políticas. Su demanda, por demás, por parte de la ciudadanía será cada vez mayor, aunque es preciso recordar que su implementación no puede de ninguna manera mermar los derechos y garantías de los ciudadanos¹². Se ha de realizar con la mirada puesta en éstos y no en el sistema burocrático como desgraciadamente tantas veces ocurre digitalizando la burocracia y no simplificando y haciendo accesible los trámites a los ciudadanos.

El mantenimiento y la evolución de los servicios electrónicos, y la incorporación de la inteligencia artificial, y muy especialmente el análisis de datos, a los procesos y procedimientos administrativos¹³, es ahora el mantenimiento y evolución de la propia actividad administrativa que a buen seguro será predominantemente digital y el reto es gestionarlos con la máxima eficiencia dado que el proceso de digitalización de los servicios públicos y la tramitación electrónica de los procedimientos permite también mejorarlos, simplificarlos, estandarizarlos, sistematizarlos y automatizarlos. Y es que, como se pone de relieve en el Plan España Digital 2025, tecnologías como la Inteligencia Artificial, el *blockchain*, o la explotación de la información a través del big data, nos dirigen hacia una Administración Pública «data-driven», en la que la personalización de los servicios o conceptos de relación con la ciudadanía como Ciudadano 360º son clave.

Por lo que se refiere al modo y forma de desarrollar el trabajo en la Administración de los próximos años, actualmente no sólo en el quehacer profesional precisamos el uso de herramientas informáticas diversas para realizar nuestras tareas, sino que incluso las actuales tecnologías de la información y la comunicación han permitido que quien trabaja pueda desarrollar su actividad fuera del centro de trabajo, lo que se ha dado en llamar trabajo «a distancia» o teletrabajo lo que, sin duda, tendrá, una vez que se generalice, implicaciones en las fórmulas organizativas y de producción de políticas públicas que todavía tenemos en la Administración optimizando recursos y automatizando procesos. Ello sin contar con la incidencia en los perfiles de empleados públicos que necesitaremos en un futuro que ya está ahí –y la necesaria adaptación de los que tenemos en el presente– y que nos reclama competencias digitales de éstos, nuevas fórmulas de vinculación y organización de los mismos y una gestión de los recursos humanos mucho más flexible que el demandado por el modelo de Administración analógica todavía existente.

La denominada e-Administración va hoy mucho más allá de la mera gestión electrónica de trámites administrativos, y se asocia decididamente a la mejora de los servicios públicos y de la comunicación entre ciudadanía y gobernantes. Como detalla el Plan España Digital 2025 la mera existencia de servicios electrónicos no produce eficiencia ni reducción de cargas administrativas, sino que requiere de una modernización de procesos y adaptación de los canales para lograr un uso masivo eficaz, y seguro por ciudadanía y empresas.

4. Una Administración inclusiva.

a) Una Administración para todos.

El insuficiente acceso de determinados grupos a las administraciones tiene efectos en los contenidos de las políticas: lleva a unas políticas de menor calidad –en la medida que ignoran las visiones, expectativas, necesidades e intereses de parte de la población–, a la vez que puede contribuir a aumentar la percepción de lejanía en determinados sectores de la ciudadanía y generar una menor propensión a asumir estas políticas.

¹² Cabe traer a colación la STS de 16 de noviembre de 2011 (rec. 2841/2015) que ya advertía que no supone un cambio de paradigma la Administración electrónica en lo que se refiere a los derechos y garantías que el procedimiento administrativo establece para la ciudadanía.

¹³ En el caso de Europa se aprobó Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza [COM(2020) 65 final] que, en el caso español, se ha traducido en la aprobación de la *Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial* y, de forma previa, en el *Plan España Digital 2025*. Se destaca en ésta que la iniciativa permitiría: formular un Plan de Datos Nacional con actualizaciones periódicas; definir una gobernanza, estructura organizativa y procedimientos interministeriales; definir un conjunto de reglamentos, normas y procedimientos alineados con las directivas de la UE; analizar la reutilización y explotación de datos abiertos del sector público; la explotación de los datos abiertos y cerrados utilizando técnicas de IA; ofrecer un punto de contacto para aconsejar a las AA.PP en las estrategias a realizar para conocer cómo extraer nuevo conocimiento de los datos utilizando técnicas de IA; ofrecer una formación especializada en IA a los trabajadores públicos para poder sacar el máximo partido a los datos que disponen, y así contribuir a la mejora de las Políticas Públicas; establecer los cauces mediante los cuales las empresas privadas pueden o deben compartir parte de sus datos con la Administración Pública con el objetivo de ofrecer mejores servicios públicos y crear colaboraciones público-privadas en las que se compartan datos que permitan ofrecer servicios innovadores de valor añadido, siempre respetando las regulaciones de privacidad y protección de datos, en beneficio de la ciudadanía y del funcionamiento de las administraciones públicas.

El establecimiento de cuotas de acceso ha sido, y sigue siendo, el principal instrumento con el que se ha avanzado, en nuestro país, en el acceso e inclusión de las personas con discapacidad en el empleo público. Lo mismo podría decirse de otros colectivos como notoriamente resulta con la inmigración bien que con estrategias variables en unos y otros casos.

Será preciso redefinir el siempre difícil equilibrio entre las medidas de acción positiva tendentes a garantizar la igualdad de oportunidades y el compromiso con los principios constitucionales de mérito y capacidad. Efectivamente, el imprescindible respeto a los principios de mérito y capacidad no debe pasar, necesariamente, por establecer los mismos umbrales y las mismas pruebas de acceso (o provisión o promoción interna) a las personas con y sin discapacidad (igual podría decirse de otros colectivos). Aquí radica la cuestión esencial. Establecer pruebas distintas, con notas de corte diferentes, tiempos adicionales y otras medidas de apoyo, no implica, cuando se trata de personas con discapacidad a título de ejemplo, una vulneración de los principios de mérito y capacidad. Todo lo contrario. Se trata de medidas plenamente justificadas que las Administraciones están obligadas a implementar para garantizar la igualdad de oportunidades y el pleno desarrollo de los artículos 9.2, 14 y 49 de la Constitución Española.

b) La decisiva incorporación de la perspectiva de género en la producción de políticas públicas y en la organización de nuestro empleo público.

Las políticas de igualdad entre mujeres y hombres en las administraciones públicas tienen ya un notable recorrido¹⁴.

El análisis general de las herramientas del *mainstreaming* muestra que la estrategia ha dado lugar a cambios en las estructuras, rutinas y resultados de las diferentes administraciones. Se ha generalizado la utilización de muy diversos mecanismos que sin duda pueden facilitar que sea puesta en práctica de manera efectiva. De hecho, el enfoque adoptado ha resultado bastante similar en todos los niveles de gobierno de modo que instrumentos como los informes de impacto o los consejos participativos tienen presencia en casi todo el territorio.

Ahora bien, la igualdad efectiva de mujeres y hombres en el ámbito de la Administración pública, si se pretende que sea cada vez más real y, en consecuencia, que en forma paulatina, se empiece a ir difuminándose la segregación horizontal y vertical, el techo de cristal y sobre todo la brecha salarial entre mujeres y hombres cuya existencia hoy evidencia cualquier estadística que se realice al respecto, requiere de distintas consideraciones a las realizadas hasta ahora.

Son muchos los factores que deben tomarse en consideración a ese respecto y sin duda este no es ni el momento ni el lugar para hacer una enumeración exhaustiva y detallada de todos los extremos que deberían ser objeto de modificación a los efectos que aquí interesa, pero si se puede apuntar que requiere de medidas que afectan al acceso al empleo público; medidas referentes al desarrollo de la prestación de servicios; y medidas que tienen que ver, inclusive, con el cese o el despido del personal¹⁵.

5. Una Administración más flexible: nuevas arquitecturas organizacionales más orientadas a la consecución de resultados.

A lo largo de estas líneas hemos ido poniendo de relieve que la Administración debe ofrecer el mejor servicio posible a la ciudadanía en un contexto que, como también se ha puesto de manifiesto, es cambiante e incierto. Abordar una nueva concepción de la organización de la Administración que se adecúe mejor a las nuevas formas de trabajo requeridas por la utilización generalizada de los medios electrónicos, por la

¹⁴ En un primer momento se centraron en corregir la desigualdad de trato entre hombres y mujeres característica de las democracias liberales, que habían excluido a las mujeres de la esfera pública, tanto del sufragio como del acceso a muchas profesiones. A raíz de la segunda ola del feminismo, en los años 80 del siglo xx, se hizo patente la insuficiencia de la igualdad de trato a la hora de conseguir una verdadera igualdad de oportunidades, por lo que se empezaron a implantar políticas específicas y de acción positiva dirigidas a las mujeres. Se desarrolló así la política de igualdad de género como un ámbito sectorial de intervención, con sus herramientas (los planes de igualdad, fundamentalmente) y sus instituciones específicas (mayormente los Institutos de la Mujer en el contexto español). Sin embargo, a lo largo de los años se fue constatando también la insuficiencia de este enfoque sectorial de intervención para abordar un fenómeno tan multidimensional, estructural y resistente al cambio como es la desigualdad de género. Por ello, con ocasión de la *Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de Naciones Unidas* celebrada en Beijing, en 1995 se lanzó a nivel mundial la estrategia del *mainstreaming* de género, la cual significó un paso adelante en el compromiso con la igualdad. Este nuevo consenso mundial sobre cómo afrontar la desigualdad entre mujeres y hombres se ha ido incorporando progresivamente a los principales marcos normativos a nivel nacional e internacional, entre ellos el Tratado de Ámsterdam de la UE.

¹⁵ Muy interesante, a este respecto, es el *Libro Violeta de la Función Pública Valenciana*, (SEVILLA MERINO, J.; BELANDO GARÍN, B.; FABREGAT MONFORT, G.; GARCÍA CAMPÁ, S., 2017). Valencia, Gobierno de la Generalitat Valenciana.

creciente importancia que la participación ciudadana adquiere en el ciclo de las políticas públicas y por la adopción de nuevos sistemas de gestión orientados a la consecución de resultados para la ciudadanía, resulta hoy una tarea ineludible y necesaria.

Factores como la globalización de los mercados, la difusión de la infotecnología y las incertidumbres inherentes a estos fenómenos han contribuido a que muchos autores señalen la obsolescencia de las formas organizativas tradicionales y la necesidad de cambiar las estructuras para adaptarlas al nuevo entorno. Las estructuras organizativas que han venido soportando el modelo actual deben adecuarse a las nuevas tareas que requieren la implantación del nuevo modelo de innovación y Administración digital. Impulsar la integración de servicios, descubrir las necesidades y preferencias de la ciudadanía e involucrar a la ciudadanía en el diseño de los servicios se señalan como actuaciones a seguir.

De esta forma, en los últimos años, han proliferado los estudios que avanzan en el desarrollo de nuevas formas organizativas para las Administraciones en el contexto de las economías desarrolladas. Para Ramió (2017) las nuevas organizaciones públicas podrían tener unas arquitecturas variables que combinen unas potentes unidades centrales con unos parques logísticos de servicios públicos. Las unidades centrales, relata el autor referido, tendrían un carácter político, de inteligencia y de supervisión de los parques logísticos y éstos tendrían, por su parte, un carácter especializado en el diseño preciso de las políticas públicas y en la producción y prestación de los servicios públicos. Las unidades centrales tendrían tres funciones básicas: contacto directo con la ciudadanía para lograr una mayor legitimidad democrática, competencias de inteligencia consistentes en traducir las intenciones políticas en políticas y servicios públicos concretos y, finalmente, el ejercicio de las funciones de «principal» ante una red de agencias públicas y de agentes privados que serán los ejecutores de las políticas públicas.

De esta forma, y en opinión de dicho autor, las instituciones públicas agruparían también a unos parques logísticos de servicios públicos muy parecidos a los actuales parques industriales ubicados en los arrabales de las áreas metropolitanas o incluso fuera de ellas (en áreas rurales cercanas a los territorios metropolitanos) organizados por sectores de políticas y servicios públicos en los que confluyeran físicamente algunas agencias públicas independientes vinculadas a determinadas administraciones municipales, metropolitanas, regionales, estatales e incluso internacionales con una red de organizaciones privadas, con ánimo y sin ánimo de lucro, especializadas en el desarrollo y en la prestación de políticas y servicios públicos.

Lo cierto, y en esto hay una cierta coincidencia, es que estas nuevas formas organizativas estarían enfocadas hacia el aprendizaje continuo, el desarrollo de las capacidades esenciales de la organización y la flexibilidad. Y así, ciertamente, en los últimos tiempos se han ensayado distintas alternativas en la gestión de servicios públicos: introducción de contratos programa y contratos de gestión, transformación de la forma jurídica de los servicios públicos mediante su conversión en entes de Derecho público y dotación de personalidad jurídica (fundaciones, consorcios, entidades públicas, etc.), desarrollo de formas innovadoras de contratación externa o gestión indirecta con proveedores privados (lucrativos y no lucrativos), etc.

En todo caso, el eje común de las nuevas estructuras es la flexibilidad, lo que a priori denotaría un menor grado de formalización que las fórmulas tradicionales, así como la capacidad para gestionar información y conocimiento, particularmente procedentes del entorno, lo que viene ligado al uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación que propician la virtualidad necesaria.

6. *Una Administración innovadora.*

La innovación actualmente es entendida, no solo como innovación tecnológica, sino también como la actitud de las personas que se irradia a la organización. Como se ha puesto de manifiesto los cambios sociales, culturales y económicos inciden de forma determinante en los planteamientos de la Administración pública, y como tales, exigen modificaciones estructurales y modificaciones en las prácticas, de las que no pueden aislarse los propios procedimientos, de liderazgo de equipos, de desarrollo normativo, de planificación, de gestión de conocimiento o de gobernanza. Como puso de relieve un Informe del Cabinet Office Británico (2005): «la eficacia del gobierno y de los servicios públicos depende del éxito de la innovación para desarrollar mejores modos de responder a las necesidades, de resolver los problemas y de usar bien los recursos y las tecnologías. La innovación se considera a veces un lujo prescindible o una carga adicional. Debe ser considerado como una actividad básica».

Ahora bien, la innovación en las Administraciones públicas puede hacerse desde diversas perspectivas. Por un lado, porque esa innovación puede hacerse en diferentes direcciones: fomentando la innovación en el interior de la organización, o hacia el exterior, en la relación con su entorno. Por otro lado, porque parece claro que esa innovación no es exactamente igual a la que se hace en el sector privado. En el sector público

deberemos necesariamente innovar en el diseño de las políticas, en los servicios que prestamos, en la gestión de las personas, en los procesos, en las formas organizativas, etc.¹⁶.

Ahora bien, los innovadores del sector público no innovan en un vacío, sino en un ambiente organizativo estructurado. Algunos factores organizacionales pueden ayudar a impulsar la innovación mientras que otros pueden ir en su contra o entorpecerla¹⁷. Pedir a los empleados públicos que innoven puede no producir resultados si el ambiente organizacional en sí no apoya a la innovación.

7. Una administración que gestiona el conocimiento.

La gestión del conocimiento abarca al conjunto de actividades realizadas con el fin de utilizar, compartir y desarrollar el conocimiento de una organización y de los individuos que en ella trabajan, encaminándolos a la mejor consecución de sus objetivos.

La gestión del conocimiento genera recursos para las organizaciones, el denominado capital intelectual, como elemento intangible y perdurable para una gestión eficiente y sostenible en el tiempo. Mediante la gestión del conocimiento las organizaciones favorecen que el individuo se desarrolle en su trabajo aportando ideas, y al mismo tiempo se evita la fuga de conocimiento cuando las personas abandonan la organización.

Por tanto, gestionar el conocimiento significa reconocer y gobernar todas aquellas actividades y elementos de apoyo que resultan esenciales para poder atribuir a la organización y a sus integrantes la capacidad de aprender y que, al actuar como facilitadores, afectan al funcionamiento eficiente de los sistemas de aprendizaje y, por ende, al valor de la organización en el mercado¹⁸. La gestión del conocimiento dentro de una organización depende, como han puesto de manifiesto García Holgado y García-Peñalvo (2014), de un gran número de factores tanto internos (perfil de los empleados flujos de trabajo, etc.) como externos (contexto cultural, mercado, etc.), que influyen directamente en el ecosistema tecnológico que sustenta dicha gestión de tal forma que cada ecosistema es único.

Algunas Administraciones, como ha puesto de relieve Gorriti (2017), presentan el riesgo de descapitalizarse como consecuencia de las crecientes jubilaciones que se producirán en los próximos años lo que sería determinante para una intervención decisiva en este aspecto que, a su vez y visto desde otro punto de vista, puede ser una ventana de oportunidad para la reforma del empleo público sin innecesarios traumas.

3. LOS CAMBIOS NECESARIOS EN EL SISTEMA DE EMPLEO PÚBLICO PARA AFRONTAR ESTOS RETOS

La pregunta ineludible, a la vista de los desafíos que deberemos de enfrentar, es si disponemos de un sistema de empleo público capaz de enfrentar con solvencia estas transformaciones que habremos de acometer (sí o sí) y si finalmente será preciso modificar el marco normativo que preside éste.

¹⁶ En opinión de la OCDE (Observatory of Public Sector Innovation website, disponible en: www.oecd.org/governance/observatory-public-sector-innovation/home), los elementos temáticos que agrupan atributos organizacionales que influyen en la innovación del sector público son los siguientes:

- Personas: La dimensión cultural –cómo las personas son motivadas dentro del escenario organizacional para explorar nuevas ideas y experimentar con nuevos enfoques–. Aquí también se sugiere que el liderazgo y la manera en que las personas son seleccionadas, recompensadas, socializadas y gestionadas tendrán un impacto en la capacidad innovadora de una organización.
- Conocimiento: El rubro de conocimiento y aprendizaje que nos ayuda a considerar asuntos relacionados con recolectar, analizar y compartir información, con el desarrollo de conocimiento y con el aprendizaje. La hipótesis es que los datos, la información, el conocimiento y el aprendizaje son esenciales para la innovación y la manera en que son manejados puede apoyar o dificultar la innovación. El desafío es construir la capacidad para reunir el conocimiento disponible para mejorar las decisiones públicas sobre las soluciones innovadoras y compartir el conocimiento para impulsar la innovación social.
- Formas de trabajo: La forma en que el trabajo está estructurado dentro y entre las organizaciones puede tener un impacto en la innovación del sector público. Esto incluye el desarrollo de espacios físicos y métodos innovadores para estructurar los equipos, dividir los silos y trabajar en asociaciones entre las organizaciones y hasta entre sectores.
- Reglas y procesos: Las reglas y procesos (incluyendo el marco legal/ regulatorio, la presupuestación y la aprobación de procesos) puede ofrecer (o bloquear) oportunidades para innovar.

¹⁷ EUROPEAN COMMISSION (2013): *Powering European Public Sector Innovation: Towards a New Architecture*, Report of the Expert Group on Public Sector Innovation, Brussels: Directorate General for Research and Innovation, Innovation Union. URL: https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/42-public_sector_innovation_-_towards_a_new_architecture.pdf.

¹⁸ Las formas más frecuentes de transferencia de conocimiento organizacional son: foros especializados; cursos interactivos; redes de conocimiento, etc. que, con ayuda de la tecnología, buscan proporcionar las herramientas necesarias para dar soporte a los procesos y facilitar el acceso y reutilización del conocimiento. Ya existen ejemplos notables, en esta materia, como resulta ser el caso del INAP.

La respuesta a esta cuestión debiera pasar desde luego, en primer lugar y antes de adentrarnos fervorosamente y sin suficientes criterios por el *íter* legislativo, en realizar necesariamente un análisis más exhaustivo y compartido de los problemas que aquejan al empleo público en el momento actual y qué modificaciones sería preciso introducir para enfrentar con éxito esta transformación que está en marcha. Es decir, y en lo que se refiere al empleo público, en qué medida, cómo y en qué aspectos la existencia de una legislación, en el doble plano estatal y autonómico, puede ayudar a resolver éstos. Desde luego, y en la actualidad, no puede argumentarse que no se es consciente de qué falla y qué no ha resultado efectivamente resuelto tras el último ciclo de reformas en esta materia. En realidad, solo queda, y no es poco, el reto de abordar este objetivo con serenidad, reflexión y la suficiente visión de futuro. Propuestas e ideas no parecen faltar (Jimenez Asensio, 2019a)¹⁹, llamadas a su urgente implementación empiezan a ser unánimes²⁰, luego seguramente la única explicación para no enfrentar estos problemas se debe en gran medida a tres factores suficientemente conocidos derivados de la economía política de un hipotético ciclo de reformas que no deberían perderse de vista ya que a la postre serán determi-

¹⁹ Entre otros puede verse en general el blog «La mirada institucional» en la labor, que estimo que sinceramente puede calificarse de acertada, meritoria e incansable, de Rafael Jiménez Asensio.

²⁰ El equipo de ESADEgov. (LOSADA, C.; ALBAREDA, A. (codir.); LONGO, F.; FÉREZ, M. (2017): *El empleo público en España: desafíos para un Estado Democrático Eficaz*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos) ha realizado una serie de propuestas que coinciden con algunos de los planteamientos que se realizarán aquí. Entre otras señalan:

- Ligar la planificación de dotaciones y personas con la definición y reformas de políticas y programas públicos.
- Diseñar puestos de trabajo que alcancen el equilibrio adecuado entre dos tendencias actuales de signo opuesto: la especialización, exigida por las demandas de tecnificación y cualificación de las tareas, y la polivalencia, demandada por la necesidad de adaptarse a los cambios. Es del todo necesario un espacio de discrecionalidad del ocupante del puesto y de su superior jerárquico que haga posible la necesaria y constante modificación del contenido de los puestos.
- Instaurar modelos de selección que permitan articular la rapidez de la incorporación de nuevo personal y el ajuste puesto-persona con el respeto a los principios de mérito, capacidad, igualdad y transparencia.
- Apostar decididamente por la mejora y profesionalización de órganos técnicos especializados e independientes para la selección, evaluación y control.
- Diseñar un contenido y unas prácticas específicas en el ámbito de la socialización del empleo público que nazcan del acuerdo parlamentario.
- Dotar de instrumentos adecuados al empleado público para abordar los temas éticos, especialmente los dilemas que se puedan presentar.
- Intensificar la diferencia entre el sistema de concurso general, que es apto en procesos de provisión de puestos relativamente parecidos y sometidos a un ciclo definido (concurso de traslado en cuerpos docentes), y los procesos «ad hoc», puesto a puesto. Parece necesario que estos últimos procesos se amplíen y generalicen incluso en puestos base que por su especialización no puedan estar sometidos a un «tratamiento genérico». Se requiere una tramitación extraordinariamente rápida: entre 2 y 4 semanas debería ser posible resolver un proceso de provisión de puestos.
- Regular y convertir en normal el acceso al empleo público de expertos sobre materias específicas ya en una fase avanzada de su carrera profesional.
- Favorecer la estabilidad de las personas en esos puestos: la tecnificación del contenido de los puestos y su complejidad abogan por una estabilidad mínima.
- Favorecer los mecanismos de flexibilidad: ágil gestión de las modificaciones de las RPT; diversificación de los horarios de trabajo para adecuarlos a diferentes entornos del servicio público; uso del trabajo a distancia en los supuestos que sea posible, etc.
- Abordar, como un fenómeno más normal de lo que hoy lo es, la terminación del vínculo con la administración por motivos disciplinarios, de evaluaciones continuas de signo negativo, por causas objetivas etc.
- Aumentar la protección de aquellas personas que ocupan puestos de trabajo reservados a funcionarios que ejercen la «autoridad» y que son la garantía del ejercicio de la política dentro del marco legal y un factor clave para evitar la corrupción (abogados del estado, secretarios de ayuntamiento, interventores, etc.).
- Poner en marcha la evaluación del rendimiento con el fin de estimular las competencias y la motivación de los empleados públicos, mejorando así su eficacia, y medir el rendimiento de los trabajadores, lo cual facilitaría la aplicación de medidas administrativas vinculadas a la evaluación.
- Poner en marcha de la carrera horizontal con la que se permite al empleado público progresar de grado, categoría, escalón o similar sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo. Esto permite retener especialistas técnicos competentes, favoreciendo así la tecnificación del empleo público. No obstante, la correcta aplicación de esta herramienta depende del desarrollo de capacidades de evaluación.
- Reformar el sistema retributivo del sector público, vinculándolo más a la economía real y, en especial, al sector privado, pero manteniendo las características propias que se fundamentan en las diferencias estructurales. Considerar la conveniencia de: ampliar significativamente el abanico salarial; retribuciones más ajustadas al mercado en los puestos base y ampliar la posibilidad de progresión sobre todo en los niveles superiores; mantener un nivel de competitividad salarial más ajustado a la media del mercado laboral general; introducir más componentes variables ligados a resultados y comportamientos requeridos; crear incentivos grupales; aumentar la percepción de equidad interna.

Puede consultarse, asimismo, la entrada de Jesús Fernández-Villaverde «Una «Gran Estrategia» para España (II): Las Élités Públicas» que expone distintas líneas de reflexión y que puede consultarse en https://blogs.elconfidencial.com/economia/la-mano-visible/2020-10-03/espana-reforma-estrategia-elites-publicas_2773400/.

nantes para alcanzar los objetivos que se persigan. A saber: la ausencia de una voluntad política compartida por los principales partidos políticos necesaria para enfrentar esta imprescindible agenda de reforma ya que no se aprecia en la agenda política establecida, más allá de los programas de los distintos partidos políticos, ninguna prioridad, mucho menos compartida, en este crucial aspecto más allá de modificaciones puntuales (teletrabajo, PGE 2021, etc.) o de las que se derivan de asuntos coyunturales como la recepción y necesaria implementación de los fondos europeos *next generation*²¹; en segundo término, la visión de una acomodada «clase» sindical que ha hecho del empleo público su última trinchera y que no analiza los problemas que aquejan a éste con una visión que vaya más allá de una visión garantista –más garantista del funcionario, o de algunos funcionarios, que del ciudadano a quien ésta sirve se entiende–, necesaria pero a todas luces insuficiente, de la institución; y, por último, las resistencias no menores de las élites, cuerpos y clases funcionariales (y no funcionariales) que viven cómodamente instalados en una zona de confort completamente alejada de los contextos que la rodean y que no facilitarán, a buen seguro, ningún intento de modificación del *statu quo*. Complejo panorama si además se atiende a los escasos réditos electorales que, a corto plazo, puede suponer acometer una reforma del empleo público en profundidad.

Nosotros, y sin perjuicio de lo anterior que deberá ser prioritariamente enfrentado si se pretende de verdad un *reset* de un país atascado en un modelo burocrático-tradicional incapaz de dar respuesta a los requerimientos que se han puesto de manifiesto, daremos cuenta de algunos elementos que desde nuestro punto de vista pueden ser claves en la mejora del empleo público y que podrían justificar la necesidad de un nuevo marco normativo (estatal y autonómico) habilitante de los mismos.

A mi juicio, junto con el propio sistema de gobernanza del empleo público que debiéramos considerar pero al que ahora no nos referiremos, los principales ejes de una eventual reforma deberían pivotar sobre seis aspectos, a saber: la organización del empleo público; el sistema de selección; el sistema de recompensas e incentivos; la integridad y la transparencia; la negociación de las condiciones de trabajo y la resolución de conflictos; y, por último, la profesionalización de la gestión de recursos humanos²².

3.1. La organización del empleo público

En relación a la organización del empleo público tres áreas de mejora, a su vez, son fundamentales. La primera, relativa al régimen jurídico de la relación orgánica y de servicios de los empleados públicos con la Administración. Flexibilización, que no precarización, del régimen funcionarial (la superación de un proceso selectivo no debiera ser título suficiente para disfrutar de un empleo de por vida con independencia del efectivo rendimiento y la excelencia en el desempeño de las funciones) y la reducción de su generalizada e indebida extensión, pero también flexibilización en relación a la cobertura de empleos temporales dedicados a proyectos y misiones temporales sin su necesaria conversión en empleo estructural. Y adicionalmente una regulación más detallada del personal interino tras las resoluciones jurisdiccionales de los últimos años en Europa (supuestos de nombramiento, régimen jurídico y consecuencias de su desvinculación) y del personal eventual más acorde con las patologías que se llevan poniendo de manifiesto desde hace años en su desviada utilización.

La segunda, referida a la estructuración y ordenación del empleo público: instrumentos de planificación y racionalización de los cuerpos y escalas de funcionarios existentes atendiendo a las agrupaciones de puestos (Gorriti, 2011 y Cantero, 2017)²³. Instrumentos como la oferta de empleo público o las relaciones de

²¹ La prueba del «algodón» se ha visto recientemente, a propósito de la ejecución de fondos europeos *next generation*, en que se han previsto distintas medidas de flexibilización de la gestión de los recursos humanos, con una perspectiva alternativa a la actual, tendentes a posibilitar la implementación de las mismas (creación de unidades temporales, puestos de trabajo provisionales, flexibilización de la movilidad y de la redistribución de efectivos, previsión de incentivos y evaluación del desempeño, etc.) y que ha puesto de manifiesto la incapacidad del sistema, sin introducir reformas en el mismo, para hacer frente a dicha ejecución.

²² Junto a ello, nuevas exigencias derivadas de la decidida incorporación de la mujer española al mundo del trabajo, y al sector público en particular, y las nuevas exigencias que la prestación de servicios requiere, imponen, asimismo, la implementación de nuevos desarrollos normativos que se plasmen en medidas tales como la profundización en la conciliación de la vida familiar y laboral; el establecimiento de medidas de discriminación positiva en la carrera administrativa a favor de la mujer en aquellos sectores de nuestra Administración en que las mismas no hayan alcanzado un mínimo de puestos de responsabilidad; nuevas formas de prestación de trabajo y descentralización de la prestación del mismo; la participación en la definición de objetivos de unidades orgánicas; un adecuado desarrollo de las situaciones administrativas que responda a los requerimientos de reestructuración de plantillas que, a buen seguro, hemos de abordar en los tiempos actuales, abordar la regulación de la desvinculación, etc.

²³ Muy expresivamente el primero indica que los cuerpos deben evolucionar hacia un nuevo contenido. «Como tal agrupación de funcionarios deben establecerse una vez que se han delimitado los diseños organizativos necesarios para cumplir el servicio público;

puestos de trabajo, en su aplicación práctica excesivamente rígidos o dependientes del ciclo presupuestario (con los efectos perversos anudados a las tasas de reposición), son absolutamente insuficientes para atender las necesidades que hoy se plantean en el empleo público y, sin embargo, resulta un clamor constatar que carecemos en el sector público de medios precisos para identificar las necesidades de personal –los actuales se han demostrado incapaces en cualquier caso de anticipar el futuro– a medio y largo plazo, y no sólo en el aspecto cuantitativo sino sobre todo en el cualitativo. Puestos de trabajo más multifuncionales y polivalentes sin adscripción definitiva a unidades orgánicas permanentes, puestos temporales atendiendo a programas o proyectos, una reordenación del tiempo de trabajo con potenciación del trabajo a distancia, a tiempo parcial, flexible o en jornada partida; el establecimiento de jornadas complementarias en momentos punta de trabajo compensadas con días de descanso en períodos de menor intensidad laboral, y otras medidas de flexibilización de la movilidad y la distribución de efectivos se presentan como ineludibles en orden a evitar compartimentos estancos (agrupación de puestos, áreas funcionales, etc.). La movilidad de los empleados públicos dentro de cada Administración y entre Administraciones debe ser ágil y sencilla a fin de enfrentar desafíos del país en su conjunto que, como durante la pandemia del COVID 19, han puesto de manifiesto la rigidez del sistema en su conjunto para atender necesidades urgentes y extraordinarias (ingreso mínimo vital, rastreadores, tramitación de ERTES, etc.).

La creación de estructuras directivas profesionales se presenta también como un punto a ser definitivamente enfrentado que no admite más demora ni excusas. Nuestro modelo de función pública, y es sabido desde hace años (Jiménez Asensio, Villoria Mendieta y Palomar Olmeda, 2009), carece en gran medida de directivos públicos. El propio modelo actual de organización y de función pública, articulado en el dualismo responsables políticos-funcionarios, no los produce. Ni la selección y provisión de puestos de trabajo se dirige a ello, ni existen los mecanismos necesarios que la hagan viable: evaluación, formación, definición de funciones y garantía de las mismas, etc. Y, sin embargo, los requerimientos exigidos a nuestras Administraciones públicas demandan, cada vez con mayor insistencia fruto de la expansión en la prestación de servicios públicos que ha acontecido en los últimos tiempos, la articulación de una función directiva, que sobre todo en aquellos sectores donde se demandan resultados en términos de prestaciones a los ciudadanos, asuma actitudes más gerenciales, por supuesto dentro del aseguramiento de los bienes públicos y la especificidad que requiere este sector, y con ello un mejor servicio a los destinatarios de los servicios prestados con un paralelismo de racionalización y responsabilidad en la gestión.

3.2. El sistema de reclutamiento y selección

En cuanto al sistema de reclutamiento y selección también ha de ser objeto de consideración²⁴. De muy especial consideración hemos de decir como han puesto de relieve algunos autores (Jiménez Asensio, 2018). Los procedimientos selectivos son costosos, de discutible validez y finalidad, caducos para atender las necesidades actuales, carentes de atractivo para amplias capas de profesionales que nos serán necesarios para atender los retos a los que nos enfrentamos (innovación y tecnología) y, por si fuera poco, lentos (desde que una unidad organizativa decide cubrir una vacante hasta que el funcionario efectivamente se incorpora pueden transcurrir varios años). En primer término es necesario, y urgente, profesionalizar la selección mediante Agencias u otros sistemas que doten a los órganos de selección de autonomía funcional (Férez, 2018)²⁵ y garantizar la imparcialidad y la transparencia en esta tarea que hoy, sobre todo en las entidades locales, distan mucho de quedar aseguradas. En segundo lugar, el sistema selectivo ha de avalar, que no lo hace plenamente en la actualidad, su adecuación a las funciones que han de ser efectivamente

deben ser el correlato lógico y posterior de decisiones organizativas y del estudio de aptitudes, conocimientos y destrezas necesarias para poder cumplir con los comportamientos laborales relevantes que satisfacen las responsabilidades asumidas por el servicio público. Sin haber organizado lo que hay que hacer, cómo debe hacerse y qué se debe saber y tener para poder hacerlo, no pueden decidirse los cuerpos».

²⁴ Junto a otros trabajos, entre los que destacan en su integridad el número 2/2018 de la Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones, resulta de ineludible lectura y reflexión en este punto JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2019c): “Doce tesis y seis hipótesis sobre la selección de empleados públicos y su futuro”, en *Jornadas sobre los procesos selectivos en la Administración Pública en la Unión Europea, nuevos planteamientos para nuevos tiempos*. URL: <https://rafaeljimenezasensio.files.wordpress.com/2019/04/doce-tesis-y-seis-hipoccc81tesis-sobre-la-seleccioccc81n-de-empleados-pucc81blicos-y-su-futuro-3.pdf>.

²⁵ Ejemplo, además, tenemos en países de nuestro entorno. Así, a título de ejemplo, en Irlanda la Comisión para el nombramiento de cargos públicos (<https://www.cpsa.ie/>) o en Portugal el Comité de contratación y selección para la Administración Pública (<https://www.cresap.pt/>), pero también hay otros como Canadá o la propia Unión Europea.

desarrolladas con posterioridad. La valoración de otros elementos distintos a las pruebas de conocimientos (que no es preciso erradicar pero sí reenfocar), con mayor validez empírica y predictiva, resulta insoslayable. Las competencias, las aptitudes personales y las habilidades sociales deben encontrar asimismo un cauce dentro de los sistemas generales de acceso (oposición y concurso-oposición) ya que el éxito de la organización va a depender en buena medida de éstos. De otro lado, y en tercer lugar, es preciso concebir el proceso selectivo como un proceso que no finaliza con la realización de unas pruebas selectivas (procedimiento selectivo), sino que éstas, con las necesarias modificaciones que nos permitan mejorar su fiabilidad y su capacidad de predicción, se continúan con un proceso posterior de adecuación de la persona con la organización concreta y las funciones y tareas a desempeñar y en el que la relación jurídica debe quedar condicionada, en cuanto a su mantenimiento, al éxito en dicha adecuación. La posibilidad de que no se seleccionen únicamente el número de candidatos que se adecua al número de plazas ofertadas, el establecimiento de períodos de prueba, la introducción de la mentoría y la reforma en profundidad de los cursos de acceso son elementos a valorar.

Similares consideraciones deberían de realizarse para el sistema de provisión de puestos de trabajo, ineficiente y mal gestionado (la provisión extraordinaria sigue siendo, en realidad, la forma ordinaria de provisión), que reproduce análogas fallas con el añadido de la discrecionalidad irresponsable en la libre designación.

Todo esto implica cambios de gran calado en el modelo institucional, y en el propio sistema de gobernanza del empleo público, en que venimos basando la gestión del acceso al empleo público (y la provisión de los puestos de trabajo) desde la organización del mismo, a su desarrollo y finalización y el abandono definitivo de procesos de estabilización y similares que tanto dañan a la profesionalización del empleo público y que cíclicamente se reproducen en el sistema fruto de los efectos perniciosos de la deficiente gestión de la temporalidad y la «necesidad» de articular procesos blandos de acceso al empleo público como en estos momentos de nuevo estamos comprobando (Boltaina, 2018).

3.3. Sistema de recompensas e incentivos

Otro apartado necesariamente a considerar es el relativo al sistema de recompensas e incentivos (en más y en menos). La reconsideración general de todo el sistema de recompensas (ya sean retributivas o de otro tipo) y del sistema de penalización de aquellas conductas que no favorecen la mejora de la gestión de los servicios ha de ser otro punto clave a considerar. El sistema retributivo, el régimen disciplinario y otros elementos atinentes al sistema de motivación de los empleados públicos han de ser necesariamente revisados. Existe algún margen en las bases establecidas por el EBEP para hacerlo y éste ha de ser aprovechado ya que la realidad actual ofrece resultados bastantes pobres en cuanto a la eficacia del mismo y seguramente exigiría su reforma y, en algunos supuestos, su reconsideración como elemento dispositivo y no preceptivo.

Vayamos a la primera cuestión (las en más). Sencillamente no existen o son muy débiles los sistemas de incentivos. Aún peor, en algunos supuestos, son decididamente arbitrarios y no contribuyen a la profesionalización de la función pública. Los mecanismos de refuerzo de la motivación no se han puesto en marcha de forma generalizada (léase la evaluación del desempeño) y los que tímidamente lo han hecho, como la carrera horizontal, ofrecen resultados muy pobres que no han resuelto algunos de los problemas para los que se concibieron (inflación organizativa) y, al fin y a la postre, no se han plasmado en la mayoría de las ocasiones, como resulta habitual en el empleo público dada su proclividad reticente a no gestionar la «diferencia» en esta y otras materias, más que en un incremento lineal y generalizado de retribuciones incapaz de premiar y diferenciar las conductas y actuaciones merecedoras de estímulo y recompensa²⁶. Adicionalmente es necesario enfrentar el «achatamiento» retributivo en el sector público y su mayor conexión con los salarios del mercado y habría de pensarse si las cuantías retributivas de la alta función pública no desincentivan

²⁶ Centrándonos en el actual sistema algunos puntos pueden ser apuntados: 1. Los mecanismos de provisión siguen articulando carreras administrativas de tipo burocrático que no se adecua a numerosos sectores de actividad de nuestra sector público; 2. La carrera administrativa tiene poca repercusión en el monto total retributivo de forma tal que, en ocasiones, se produce una doble carrera a través del complemento específico; 3. La estructuración de la misma ha favorecido la inflación organizativa no justificada lo que, a su vez, ha dificultado políticas de promoción interna más activas al compensarse por la provisión de puestos de trabajo; 4. Todavía subsiste una cierta falta de transparencia y arbitrariedad en la provisión de puestos de trabajo; 5. Abuso de los sistemas provisionales de provisión de los puestos de trabajo a fin de facilitar, con posterioridad, la consolidación de dichas situaciones; 6. La promoción interna como mecanismo de promoción generalizada y de «café para todos».

la atracción de talento. De nuevo, no el sistema en sí mismo como todo perfectible, sino en gran medida la deficiente gestión de éste es la causa de su fracaso (Castillo Blanco, 2011).

Tampoco los mecanismos de exigencia de responsabilidad –los mecanismos en menos– ofrecen resultado alguno dado, entre otras cosas (desidia y ausencia de dirección efectiva de los recursos humanos en las unidades administrativas de línea), a su estrecha vinculación al *ius puniendi* general del Estado que bien merecería su reconsideración (Castillo e Idefonso, 2002). Quiere decirse que el fundamento de la potestad disciplinaria de la Administración pública ha de ser reconsiderado e inserto en un ámbito doméstico (potestad organizativa) presidido por los artículos de la Constitución española que versan sobre el funcionamiento y los principios rectores de dicha organización administrativa, esto es, los artículos 103 y 9.3 CE. Con otras palabras, rescatar el Derecho disciplinario del ámbito sancionador administrativo para insertarlo en el Derecho de la función pública. Esta nueva ubicación dogmática, sin perjuicio de que se garantizaran los derechos del empleado (que no quedarían en la práctica reducidos), disminuiría la problemática de dar respuesta a requerimientos conectados con el principio acusatorio, los principios de legalidad, non bis in ídem, tipicidad, etc.²⁷, e introduciría mayor flexibilidad lo que, al fin y a la postre, facilitaría, lo que ahora no ocurre, su aplicación a fin de corregir conductas desviadas o no conformes con los objetivos de la organización.

Y, en paralelo, es preciso estructurar también claramente una tabla de deberes y de exigencias éticas que materialice las previsiones en este caso recogidas en el EBEP y responda a las exigencias de servicio que el ciudadano plantea a nuestras Administraciones públicas (controles de integridad, calidad, transparencia, cartas de servicios, reestructuración de los sistemas de responsabilidad, etc.).

3.4. El sistema de integridad y transparencia

En este sentido, y en relación a la integridad y la transparencia, también deben realizarse distintas modificaciones. Las previsiones, en esta materia, establecidas, tanto en el EBEP como en la legislación de incompatibilidades, han de ser reorientadas.

De un lado, y en materia de transparencia (Cuenca, 2018), la legislación básica de empleo público –Ley 30/1984 (LRFP) y también el RD Legislativo 5/2015 (TREBEP)–, a diferencia de algunas normas legales de las Comunidades Autónomas en esta materia más atentas todo hay que decirlo a esta cuestión, resulta muy limitada en cuanto al acceso a la información relativa a las distintas cuestiones que una política de integridad exige²⁸. De otro lado, la legislación de incompatibilidades, surgida en un determinado contexto histórico orientado en ese momento, principalmente, a impedir la simultánea ocupación de dos empleos públicos y materia que no resultó abordada con ocasión de las reformas impulsadas por el EBEP, resulta insuficiente para dar respuesta a los conflictos de intereses que se plantean en el desarrollo diario de la actividad administrativa. Aún así dicha reforma del marco normativo –necesaria como decimos, pero insuficiente– no tendrá los efectos que se desean con una gestión meramente normativa (traducida en prohibiciones y deberes) o procedimental de los retos que implica. Me explico.

La ética en la conducta de los empleados públicos, que ha de estar orientada al servicio público, conlleva compromisos de naturaleza personal, de calidad institucional para lograr los fines de la organización y compromisos en relación con la ciudadanía. Algunas normas hacen referencia al Buen Gobierno de forma muy reduccionista refiriéndose únicamente a medidas de control de la corrupción, que es lo que caracterizaría precisamente lo contrario, un «mal gobierno», pero bien entendido el desafío que hoy se nos presenta consiste más bien en promover un sector público profesional basado en la meritocracia, consagrado a los valores y a la buena gobernanza del servicio público, que favorezca, además, una cultura organizativa de la transparencia dentro del sector público que responda a las preocupaciones relacionadas con la integridad, sin perjuicio de implementar un marco de control y gestión de riesgos que salvaguarde la integridad en las entidades del sector público.

²⁷ Principios que, si por una parte se afirman en la dogmática e inclusive se recogen en las normas, por otro lado se flexibilizan («matizan» o «modulan» en la expresión usada por los tribunales) en su aplicación práctica hasta tal punto que, en ocasiones, difícilmente son reconocibles o tienen alguna validez efectiva más allá de su mera invocación nominal. Un ejemplo reciente de dicha aplicación tan solo formal lo tenemos con el principio acusatorio en la reciente STS de 22 de octubre de 2020 (rec. 4535/2019).

²⁸ Véase, a título de ejemplo, la STS de 15 de octubre de 2020 (rec.3846/2019) que aborda la transparencia y publicidad tanto de los objetivos perseguidos por un ente público y su grado de cumplimiento como de los criterios de distribución de los fondos públicos, en este caso relacionados con el reparto de la retribución por productividad entre los empleados públicos.

La ética institucional, a diferencia del Derecho, pretende construirse en sentido «positivo», con un fuerte carácter preventivo y permear las conductas y comportamientos (esto es, los «hábitos» o el carácter) de los servidores públicos, mediante procesos de «internalización» de tales valores y normas de conducta.

En el campo de la ética institucional de carácter público, la pertenencia de un servidor público a una determinada institución le obliga no solo a cumplir con las normas jurídicas del propio ordenamiento, sino también a adecuar sus conductas o comportamientos a un conjunto de valores y principios que son de necesario cumplimiento dada la posición que ocupa, las funciones que desarrolla y la imagen institucional que traslada esa persona en la estructura de cada entidad pública y sobre la propia ciudadanía.

En todo caso, construir correctamente un sistema de gobernanza ética, encuadrado en una Buena Gobernanza o Buen Gobierno, requiere una serie de pasos que son importantes. A saber: disponer de una política de integridad; construir un modelo institucional de gobernanza ética; definir un marco de gestión ética; y, por último, la generación de un clima ético que conlleve un profundo y gradual cambio cultural en las organizaciones públicas²⁹.

3.5. El sistema de relaciones laborales

En relación al sistema de negociación de las condiciones de trabajo y de resolución de conflictos cualquier reforma normativa que haya de emprenderse ha de considerar de especial interés este aspecto en ocasiones lastrado por un indisimulado condicionamiento político que unido, en más de una ocasión, a una ausencia de capacidad técnica de la representación pública producen un efector distorsionador del sistema de empleo público. Un conjunto de aspectos han de ser valorados y de nuevo repensados a la vista del resultado de las reformas realizadas a partir de 2007 (y en el que la legislación de las Comunidades Autónomas prácticamente desaparecida en este punto apenas ha incidido reiterando en su mayoría lo ya dispuesto en el texto básico)³⁰. Creo que tres campos, en este concreto aspecto, debieran ser objeto de acción del legislador.

El primero, relativo al marco institucional en que se desenvuelve ésta: a saber: la estructura de la negociación, el propio procedimiento de negociación, el régimen de adopción de acuerdos, la naturaleza de los acuerdos adoptados en una mesa de negociación, las consecuencias derivadas de la no obtención de un acuerdo, los efectos de su aprobación por el correspondiente órgano de gobierno y de su falta de aprobación han de ser reconsiderados dados los vacíos y fallas que se presentan en su aplicación práctica.

El segundo referido a las materias negociables, y en especial, las materias comunes entre personal laboral y funcionario y las materias excluidas de ésta y, más en concreto, las referidas a las potestades de organización y todo lo relativo a la garantía del principio de mérito que requieren de una aclaración (y sino véase a título de ejemplo lo que está aconteciendo con los procesos de estabilización de personal empen-

²⁹ Siguiendo el esquema de la OCDE cabe resumir que un «Marco de Integridad Institucional» que pretenda articular una «infraestructura ética» debería incorporar, al menos, los siguientes elementos:

A) Un Código Ético o de Conducta, también denominado en ocasiones como Código Ético y de Buen Gobierno. Este Código debe recoger los Valores y las Normas de Conducta anudadas a tales valores. También puede incluir Principios de Buen Gobierno y Normas de actuación, pero esto tiene un componente más adjetivo y distante, por lo común, de los Marcos de Integridad Institucional, salvo que se conecten con la Eficiencia, la Transparencia y la Rendición de Cuentas.

B) Los Códigos por sí solos no incorporan otra cosa que «letra» y pueden derivar en Códigos declarativos; es por ello muy importante que incorporen Mecanismos de Difusión, Prevención y Desarrollo de la Cultura Ética en las organizaciones, dada su finalidad preventiva y la necesidad objetiva de que se «internalicen» o «interioricen».

C) Un Marco de Integridad Institucional que promueva la infraestructura ética debe disponer, asimismo, de procedimientos, canales, circuitos, para garantizar la efectividad del Código Ético o de Conducta. A través de ellos se plantea la resolución de dilemas éticos por parte de los servidores públicos, quejas o, inclusive, denuncias.

D) El Código debe garantizar asimismo su efectividad por medio de la articulación de un Sistema de Garantía, que habitualmente es una Comisión de Ética (órgano colegiado) o de un Comisionado de Ética (órgano unipersonal), encargado, entre otras cosas, de resolver tales dilemas éticos, orientar en caso de consultas, dirimir conflictos éticos y resolver las quejas o reclamaciones que se puedan suscitar.

E) Y, por último, el Marco de Integridad se debe cerrar con un Sistema de Seguimiento y Evaluación de la aplicabilidad del Código y del funcionamiento del Marco en su conjunto. Lo habitual en el mundo anglosajón es que los Códigos se configuren como «instrumentos vivos», que se van actualizando a través de modificaciones o adaptaciones permanentes al nuevo contexto y a las exigencias o estándares del momento, pero también por medio de Guías Aplicativas, que protocolizan como complemento a los Códigos las respuestas a los dilemas éticos y las resoluciones adoptadas por la Comisión o el Comisionado en lo que afecta a quejas y denuncias.

³⁰ Siguen prácticamente vigentes plenamente la mayoría de los problemas que ya apunto la Comisión constituida en su día para la elaboración del EBEP. Puede consultarse, en este punto, *Informe de la comisión para el estudio y preparación del estatuto básico del empleado público* (2005): Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, págs. 166-201.

didos y la negociación del propio contenido de las pruebas). Por supuesto, siguen siendo de plena vigencia los problemas en su día detectados en el empleo público local en este punto y en el que los mecanismos en su día diseñados (adhesión y negociación supramunicipal) no han ofrecido los resultados esperados quizás por la indefinición de los mismos.

Un tercer aspecto a destacar es la necesidad de mejorar los medios extrajudiciales de solución de los conflictos. A nadie se le oculta la alta conflictividad, tanto en las relaciones laborales como funcionariales, que padecen nuestras Administraciones públicas y que alcanza, en un correlato lógico, a los órganos jurisdiccionales ya sean las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia o los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. Sin embargo, dicho estado de cosas no es satisfactorio ni para los empleados públicos que aprecian que abusos manifiestos no tienen una solución pronta y satisfactoria, ni para los tribunales que se ven abocados a resolver imperativamente conflictos que podrían tener otras vías de solución, pero ni, inclusive, para las propias organizaciones públicas cuya actuación en este concreto aspecto no potencia la motivación de los empleados públicos y, en ocasiones, ofrecen una sensación de abuso injustificable en la toma de decisiones, articulada de forma unilateral en una gran parte de los supuestos, que no favorece la armonía en las relaciones laborales.

Para la mayoría de estos problemas se han apuntado soluciones y existen propuestas sensatas (Mauri, 2011 y 2019) que, sin lugar a dudas, mejorarían los problemas apuntados y solo queda preguntarse cuáles son las razones para vivir con comodidad en este confuso escenario que hace saltar por los aires cualquier intento de racionalización y homogeneización de las condiciones de trabajo.

3.6. La profesionalización de la gestión del empleo público

Queda, por último, realizar, aunque se sea breve, una reflexión sobre la profesionalización de la gestión de recursos humanos que parece que, en otros campos, como la compra pública si ha encontrado el debido respaldo en la propia normativa europea. Reiteradamente se ha puesto de manifiesto que, aún con mejoras normativas como se ha ido desarrollando en este epígrafe, las fallas y los problemas de las que actualmente está aquejado nuestro empleo público se encuentran en mayor medida en otros aspectos condicionantes del estado actual. Sin duda, una de ellas está en el condicionamiento político, que no técnico, que preside la materia; otro en el espejismo de una anhelada paz social que tuerce y empaña la consecución de objetivos ciertos en esta materia; pero otra, y no menor, está en el amateurismo existente en esta materia que es determinante de que la gestión de personal no llegue, cuando lo hace, sino a administrar procedimientos básicos relativos al desenvolvimiento de la relación orgánica y de servicio de los empleados públicos que se traducen en procedimientos y no en procesos que añadan valor a la organización. Unos y otros son necesarios, pero estos últimos son imprescindibles si queremos introducir cambios efectivos en el modelo de empleo público.

El escaso valor que se asigna a las unidades de recursos humanos ausentes de una profesionalización necesaria para la gestión de procesos complejos, multidisciplinarios (la gestión del talento no es una cosa relativa tan solo al régimen jurídico) y en los que la norma solo es un punto de partida para abordar la realización de los mismos está en la base, también, de la deficiente y desviada gestión de los sistemas de gestión de los recursos humanos. Ya nos refiramos a los procesos de selección, a los sistemas de incentivos o, por referirnos a un último aspecto, a los procesos de negociación de las condiciones de trabajo en la mayoría de los casos siempre encontraremos una ausencia de capacidad a la que es preciso poner urgente remedio. Formación, incorporación de talento multidisciplinar y especializado y valoración de sus cometidos son imprescindibles en este aspecto. En esta materia, y en concreto en las entidades locales, es preciso encontrar fórmulas supramunicipales y cooperación para hacer frente a dicho problema.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN: CAMBIAR LA CULTURA PARA CAMBIAR EL SISTEMA

En efecto, como ya se anticipó no parece sensato fiar tan solo a una reforma legal la solución a los problemas apuntados. El éxito de las eventuales reformas que eventualmente se emprendieran tienen una clara dependencia, en gran medida, de los factores que permiten un verdadero cambio institucional. Las reformas legales serán un primer paso, pero lo verdaderamente relevante será el rigor con que se apliquen éstas y el cambio de cultura administrativa que exigen para su éxito. Y eso será, con todas las reformas legales que se quieran, sin duda, el punto de equilibrio para el éxito de los cambios que nuestro empleo público demanda. Distintos autores ya pusieron de relieve la necesidad urgente, para que las reformas del Estado alcancen el

éxito que se espera de las mismas, de que se produzca un cambio institucional (Prats, 1997 y 2000). Quiere decir ello, en palabras de dicho autor, que «las organizaciones estatales no son libremente disponibles; contrariamente, se encuentran ampliamente sobredeterminadas por el tipo de institucionalidad pública existente, es decir, por las normas y reglas –formales e informales– que establecen los fines, límites, actores, procedimientos y formas de participación en la acción colectiva, así como por los correspondientes modelos mentales, actitudinales y valorativos que prestan legitimidad, permiten la vigencia y dificultan el cambio de tales reglas y normas». No hemos tomado debidamente nota de ello.

De todo lo cual deduce el autor citado una conclusión que bien puede resultarnos aplicable a nuestro caso: «si la institucionalidad pública es el marco de incentivos de las organizaciones públicas, cualquier reforma de éstas sólo será positiva y duradera en la medida en que contribuya a reformar también positiva y duraderamente el fondo o marco institucional en que la organización se inserta» y, correlato de lo anterior, que si reconocemos como cierto lo expuesto la reforma del sistema de empleo público no puede ser solamente una operación meramente técnica sometiéndola a una lógica de cambio perfectamente planificado, sino que va a requerir también de un proceso constante, dilatado a lo largo del tiempo, que modifique también aquellos elementos subyacentes que en forma inercial permanecen en el empleo público sea cual sea la norma legal o reglamentaria que se dicte.

Y es que el planteamiento realizado hasta aquí no obvia que, junto a los elementos formales normativos, hay un conjunto de reglas informales que matizan y condicionan la interpretación de la normativa existente, o de la que eventualmente pueda dictarse, y que son determinantes para que las soluciones propuestas y su implementación sigan una inercia que no cambia, en lo esencial, nada relevante. (Losada, Albareda, Longo y Férrez, 2017)³¹.

La reforma del empleo público exige por ello un gran acuerdo institucional para llevarla a cabo y concebirla, más que como una reforma legal, como un proceso continuado y persistente a lo largo del tiempo que exige leer adecuadamente la economía política de ese cambio. Las experiencias hasta ahora acontecidas en nuestro país creo que ponen en evidencia dicho aspecto en mayor medida que cualquier argumento que pudiera ofrecerse aquí.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2006): “Las cuestiones competenciales en los actuales procesos de reforma de los Estatutos de Autonomía”, en *Revista General de Derecho Constitucional (RGDC)*, núm. 1.
- BOLTAÍNA BOSCH, X. (2018): “Los procesos selectivos «blandos» y sus efectos sobre la profesionalización del empleo público”, en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, Procesos selectivos, número especial 2, págs. 140-155.
- BRESSER-PEREIRA, L. C. (2001): “Ciudadanía y res pública: la aparición de los derechos republicanos”, en *Revista Instituciones y Desarrollo*, núms. 8 y 9, págs. 7-42.
- CANTERO MARTÍNEZ, J. (2016): *Claves para la modernización de la estructura funcional. La coexistencia ordenada de cuerpos y puestos de trabajo*. Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi.
- CANTERO MARTÍNEZ, J. (2017): “Hacia una concepción más técnica y moderna de los cuerpos de funcionarios: el cuerpo como correlato de las áreas funcionales”, en *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública*, vol. 4, núm. 1, págs. 39-57. DOI: <https://doi.org/10.5209/CGAP.56024>.
- CATALÁ, R.; CORTEZ, O. (2020): *Talento público para una Administración tras el corona shock. Propuestas para una reforma ineludible*. Barcelona: EsadeGov-PwC. <https://www.pwc.es/es/publicaciones/tercer-sector/talento-publico-para-administracion-corona-shock.pdf>.
- CASTILLO BLANCO, F. A. (2011): “El sistema salarial en la ley de empleo público de Castilla-La Mancha”, en *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 50, págs. 269-318. <https://docm.jccm.es/portaldocm/descargarArchivo.do?ruta=Revista50.pdf&tipo=rutaRevistas>.

³¹ Dichos autores subrayan, entre éstas, las siguientes: la idea de igualdad, muchas veces interpretada en términos de homogeneidad, especialmente en el acceso a los puestos de trabajo, a la carrera administrativa y en el sistema salarial y de incentivos; el mérito y la capacidad como principios que regulan el acceso y el desarrollo de la carrera profesional, básicamente medidos a partir de su implementación formal; la unidad, a menudo asociada a la uniformidad en la configuración del sistema de función pública (clasificación de los empleados, reclutamiento, remuneración, estructura de puestos de trabajo); la centralización de la gestión y la administración de las principales actividades vinculadas a la gestión de recursos humanos, tanto en la relación entre Estado, comunidades autónomas y entes locales como en el seno de las respectivas administraciones; la jerarquía como principal mecanismo de coordinación entre unidades, aunque matizada por el surgimiento de regímenes singulares que favorecen un sistema más próximo a una red que a una estricta pirámide.

- CASTILLO BLANCO, F. A.; ILDEFONSO HUERTAS, R.: (2002): “La renovación de la dogmática del derecho disciplinario: a propósito de las infracciones y sanciones en el personal estatutario de la seguridad social”, en *Revista de Administración Pública*. núm. 158, págs. 7-49. <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselctronicas?IDR=1&IDN=156&IDA=24436>.
- CUENCA CERVERA, J. J. (2018): *Transparencia y Función Pública*. Colección: Estudios de Relaciones Laborales, núm. 12. Barcelona: CEMICAL/Diputación de Barcelona. https://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/CEMICAL_Transparencia_Funcion_Publica.pdf.
- EUROPEAN COMMISSION (2013): *Powering European Public Sector Innovation: Towards A New Architecture - Report of the Expert Group on Public Sector Innovation*. https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/42-public_sector_innovation_-_towards_a_new_architecture.pdf.
- FÉREZ FERNÁNDEZ, M. (2018): “La configuración institucional de las comisiones de mérito en los procesos selectivos: experiencias comparadas y aplicación al contexto español”, en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones*, núm. especial 2, págs. 126-139. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6560625>.
- FUENTETAJA PASTOR, J. A. (2013): *Pasado, presente y futuro de la Función Pública. Entre la politización y la patrimonialización*, pág. 481. Navarra: Thomson Reuters-Civitas.
- GARCÍA-HOLGADO, A.; GARCÍA-PEÑALVO, F. J. (2014): “Patrón arquitectónico para la definición de ecosistemas de eLearning basados en desarrollos open source”, en RODRÍGUEZ, J. L. S.; BEARDO, J. M. D.; BURGOS, D. (eds.): *Proceedings of 2014 International Symposium on Computers in Education (SIIE)*, págs. 137-142. Celebrado en Logroño, La Rioja, España, del 12-14 de noviembre de 2014. Logroño: Universidad Internacional de la Rioja (UNIR). <https://doi.org/10.1109/SIIE.2014.7017711>.
- GRAELLS, J.; RAMILO, M. (2013): *Ciudadanía y administraciones en red: la administración pública ante la nueva sociedad en red*. Madrid: INAP; Netbiblio. <https://www.inap.es/documents/10136/1703462/PagInicia-Ciudadan%25c3%25ada-y-administraciones-en-red.pdf/9e4e7486-b55e-69d6-15a7-15c48bf7a19d>.
- GORRITI BONTIGUI, M. (2011): “El sistema de selección para el acceso a una Función Pública postburocrática”, en *NUEVAS POLÍTICAS PÚBLICAS. Anuario multidisciplinar para la modernización de las administraciones públicas*, núm. 7, págs. 147-161. URL: <http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/anuario/jsp/herramientas/verArticulo.jsp?ca=502&anyo=N%BA%207%20A%D1O%202011&v=2&url=estudios7/estudio9/estudio01.htm>.
- GORRITI BONTIGUI, M. (2017): “Análisis cognitivo de tareas. Gestión de conocimiento en la administración general del país vasco (AGPV)”, en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. especial 1, págs. 60-69.
- HABERMAS, J. (1992): *Between facts and norms*. Cambridge, MA: The Mit Press. <https://doi.org/10.7551/mitpress/1564.001.0001>.
- INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (2005): *Informe de la comisión para el estudio y preparación del estatuto básico del empleado público*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2018): “Repensar la selección de empleados públicos: momento actual y retos de futuro”, en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones*, núm. especial 2, págs. 8-29.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2019a): “El (inaplazable) relevo generacional en las Administraciones públicas: desafíos en un entorno de revolución tecnológica y de crisis fiscal como consecuencia de la pandemia de 2020”, en *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 13, págs. 85-131.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2019b): “Políticas de Recursos Humanos en la Administración Local: estado de la cuestión y propuestas de cambio”, en *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, núm. extra 5, págs.18-29.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2019c): “Doce tesis y seis hipótesis sobre la selección de empleados públicos y su futuro”, en *Jornadas sobre los procesos selectivos en la Administración Pública en la Unión Europea, nuevos planteamientos para nuevos tiempos*. <https://rafaeljimenezasensio.files.wordpress.com/2019/04/doce-tesis-y-seis-hipoccc81tesis-sobre-la-selecciocc81n-de-empleados-pucc81blicos-y-su-futuro-3.pdf>.
- JIMENEZ ASENSIO, R.; CASTILLO BLANCO, F. A. (2009): *Informe sobre el Empleo Público Local. Balance y propuestas para su racionalización en el marco del empleo público*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local. https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/583/Sumario_5_14.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R.; VILLORIA MENDIETA, M.; PALOMAR OLMEDA, A. (2009): *La dirección pública profesional en España*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. 1.ª ed.
- LONGO, F. (1995): “Reforma del empleo público: Tótem y Tabú”, en *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 2, enero-abril, págs. 5-15. DOI: <https://doi.org/10.24965/gapp.v0i2.17>.
- LONGO, F. (2003): “Revisió d'alguns elements clau de la situació de la funció pública a Catalunya”, en FERNÁNDEZ, A.; MUÑOZ, X.; CISTERNAS, X. (coords.): *Informe Pi i Sunyer sobre l'Administració de la Generalitat de Catalunya*. Barcelona: Fundació Carles Pi i Sunyer.
- LONGO, F. (2004): *Mérito y flexibilidad: la gestión de personas en las organizaciones del sector público*. Barcelona: Paidós.
- LOSADA, C.; ALBAREDA, A.; LONGO, F.; FÉREZ, M. (2017): *El empleo público en España: desafíos para un Estado Democrático Eficaz*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos.

- LOSADA MARRODÁN, C. (2017): “Aproximación a un diagnóstico y sugerencias de mejora del empleo público en España”, en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 13, págs. 8-25. https://www.ivap.euskadi.eus/z16-a3rvop/es/contenidos/informacion/copia12_revgp/es_def/index.shtml.
- MARSHALL, T. H. (1950): *The Crisis in Marxist Sociology*. Cambridge.
- MAURI MAJÓS, J. (2011): “La negociación colectiva en el desarrollo legislativo tras el Estatuto Básico del Empleado Público y, en particular, en el anteproyecto de Ley de Empleo Público de Aragón”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. XIII: Monográfico: El empleo público en Aragón y tendencias de futuro, págs. 271-295. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5547441>.
- MAURI MAJOS, J. (2019): “El procedimiento de negociación y aprobación de los acuerdos colectivos en la función pública”, en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 17, págs. 130-149. <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/162259/1/694373.pdf>.
- OCDE (2006): *La Modernización del Estado: el camino a seguir*. Madrid: INAP. <https://doi.org/10.1787/9789264030305-es>.
- PAREJO ALFONSO, L. (1991): *Crisis y renovación en el Derecho Público*. Madrid: CEC.
- PAREJO ALFONSO, L. (1999): “El Estado como poder y el derecho regulador de su actuación, hoy; algunas de las transformaciones en curso”, en *Revista del Clad Reforma y Democracia*, núm. 15.
- PASCUAL ESTEVE, J. M. (2011): *El papel de la ciudadanía en el auge y decadencia de las ciudades: el fin del gerencialismo o la recuperación de lo público y sus actores*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PETTIT, P. (1997): *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford: Oxford University Press. 1.ª ed.
- PRATS I CATALÀ, J. (1997): “Fundamentos conceptuales para la reforma del Estado: el redescubrimiento de las instituciones”, en PRATS I CATALÀ, J., *La reforma de los legislativos en América Latina*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PRATS I CATALÀ, J. (2000): “Del clientelismo al mérito en el empleo público. Análisis de un cambio institucional”, en *BIBLIOTECA DE IDEAS del Instituto Internacional de Gobernabilidad, Universidad Oberta de Catalunya*. <http://www.top.org.ar/ecgp/FullText/000000/PRATS%20i%20CATALA,%20Joan%20-%20Del%20clientelismo%20a%20merito.pdf>.
- RAMIÓ MATAS, C. (2017): *La Administración 2050: La Administración Pública del Futuro en la Sociedad de la Innovación y del Aprendizaje*. Madrid: Editorial Tecnos.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2012): “La administración tras la crisis: el empleo público” en *SUMAS - Congreso sobre Gestión de Recursos Humanos en la Administración Pública*, págs. 1-12, Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.
- SEVILLA MERINO, J.; BELANDO GARÍN, B.; FABREGAT MONFORT, G.; GARCÍA CAMPÀ, S. (2017): *Libro Violeta de la Función Pública Valenciana*. Valencia: Gobierno de la Generalitat Valenciana. http://www.justicia.gva.es/documents/19317797/163586359/Libro+Violeta_versi%C3%B3n+web.pdf/845e961d-4690-40db-87ab-1f12c13ca538.
- SHMIDT-ASSMANN, E. (2001): “El Derecho Administrativo General desde una perspectiva europea”, en *Justicia Administrativa*, pág. 6 y ss.
- SKINNER, Q. (1978): *The Foundations of Modern Political Thought*. Cambridge: Cambridge University Press.
- UVALLE BERRONES, R. (2009): “Condiciones, procesos y tendencias de la administración pública contemporánea”, en *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, vol. 16, núm. 49, enero-abril, págs. 73-102. Toluca: Universidad Nacional Autónoma de México. <https://convergencia.uaemex.mx/article/view/1269>.
- VELASCO CABALLERO, F. (2019): “Reformas de la Administración pública: fenomenología, vectores de cambio y función directiva del Derecho administrativo”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 23, págs. 107-143.



Documentación Administrativa, número 7, enero-diciembre de 2020
Sección: ARTÍCULOS
DOI: <https://doi.org/10.24965/da.i7.10890>
Páginas: 33-48

¿Qué exige el principio de responsabilidad en el ámbito de la Administración Pública?

What does the Principle of Responsibility in the field of Public Administration require?

Isabel Lifante Vidal
Universidad de Alicante (España)
ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-3348-2299>
isabel.lifante@ua.es

NOTA BIOGRÁFICA

Profesora titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Alicante. Sus líneas de investigación se centran en la interpretación del Derecho y en el ejercicio de los poderes públicos, analizando conceptos tales como discrecionalidad, representación, responsabilidad, publicidad, seguridad jurídica, etc.

RESUMEN

Este trabajo trata de caracterizar en qué consiste el correcto desempeño de la actividad administrativa; dicho de otro modo: cuáles son las exigencias del principio de responsabilidad en el ámbito de la Administración Pública. Para ello, se presenta una caracterización de las peculiaridades de los deberes vinculados al desempeño de responsabilidades. A continuación, se analizan algunos de los «vicios» más comunes de la Administración, conectándolos con los diversos tipos de incumplimientos de las responsabilidades: la corrupción, el formalismo, la desidia y la incompetencia. Dado que las causas de estos incumplimientos son distintas, el trabajo remarca que también deberán serlo las estrategias adecuadas para luchar contra ellos.

PALABRAS CLAVE

Administración Pública; principio de responsabilidad; vicios de la Administración; corrupción; formalismo; desidia; incompetencia.

ABSTRACT

This paper tries to characterize what the correct performance of administrative activity consists of. In other words, which are the demands of the principle of responsibility when applied to the field of Public Administration. For these purposes a characterization of the peculiarities of those duties linked to the performance of responsibilities is addressed. Next, some of the most common «vices» of the Administration are analyzed, connecting them with different types of breaches of responsibilities: corruption, formalism, sloth and incompetence. Since the causes of these breaches are different, this paper claims that the appropriate strategies to fight them should be too.

KEYWORDS

Public administration; responsibility principle; corruption; formalism; sloth; incompetence.

SUMARIO

1. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL 2. ALGUNAS OBSERVACIONES CONCEPTUALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD 3. ¿QUÉ TIPO DE DEBERES IMPLICA UNA RESPONSABILIDAD? 4. LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO DE LAS RESPONSABILIDADES PÚBLICAS 5. UN CATÁLOGO DE «VICIOS» DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: CORRUPCIÓN, FORMALISMO, DESIDIA E INCOMPETENCIA 6. ALGUNAS IDEAS –MUY PRELIMINARES– PARA LA MEJORA DEL DESEMPEÑO PÚBLICO. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL¹

Un Estado constitucional se caracteriza no sólo por rasgos formales (la existencia de una constitución rígida y normativa), sino también por la asunción de los fines y valores del constitucionalismo político, y que se conectan con la limitación del poder político y la garantía de los derechos². Esos rasgos formales del constitucionalismo, la rigidez y la normatividad constitucionales, sólo pueden ser entendidos instrumentalmente, es decir, como garantías de aquello que dota de valor al Estado constitucional y que serían precisamente los derechos del constitucionalismo. Derechos que –siguiendo a Aguiló Regla (2019)– pueden verse como dirigidos a evitar los distintos males que toda dominación política puede potencialmente llegar a producir: la arbitrariedad (los derechos vinculados al debido proceso), el autoritarismo (los derechos de libertad), el despotismo (los derechos de participación política) y la exclusión social (los derechos sociales y de igualdad real).

Un importante rasgo a destacar en los Estados constitucionales será entonces la importancia efectiva otorgada a los «principios» como ingredientes necesarios, además del de las «reglas», para comprender la estructura y el funcionamiento del sistema jurídico, para su interpretación y aplicación³. Debe tenerse en cuenta que ambos tipos de normas (principios y reglas) no se diferencian sólo desde la perspectiva de su estructura lógica, sino también a partir del distinto papel que juegan en el razonamiento práctico. Los principios se conectarían con una función justificativa del Derecho o de algunas de sus ramas. Uno de los grandes principios en un Estado constitucional es el principio de legalidad: el sometimiento del Estado a su propio Derecho, a través de la regulación y el control de todos los poderes y actuaciones del Estado por medio de leyes democráticamente creadas. El artículo 9.3 de nuestra Constitución lo recoge, precisando también algunas de las exigencias que del mismo se derivan, como los principios de responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Por supuesto, estas exigencias se proyectan sobre todos los poderes del Estado; por lo que aquí nos interesa, también al Poder Ejecutivo y en particular a la Administración Pública. Respecto a esta última, el artículo 103.1 de la Constitución establece que la misma ha de servir con objetividad los intereses generales y actuar de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho; mientras que el artículo 106.1 establece el control por parte de los Tribunales tanto de la potestad reglamentaria, como de la legalidad de la actuación administrativa, y de su sometimiento a los fines que la justifican.

La teoría general del Derecho se ha ocupado de analizar y discutir profusamente las exigencias que impone el ideal valorativo del Estado de Derecho (el sometimiento de los poderes del Estado al Derecho) desde una perspectiva fundamentalmente centrada en la actividad jurisdiccional y también, aunque en menor medida, en la actividad legislativa. Sin embargo, creo que se han desatendido las peculiaridades que el sometimiento al Derecho exige en el desempeño de otras actividades de los poderes públicos, en particular creo que se ha quedado fuera del foco de atención de nuestros análisis gran parte del ámbito de actuación del Poder Ejecutivo y, especialmente, de la Administración pública. Podría alegarse que no encontramos aquí peculiaridades (respecto a la actividad jurisdiccional y legislativa) dignas de análisis desde el punto de

¹ Para la realización de este artículo he contado con el apoyo del proyecto de investigación “Una teoría postpositivista del Derecho” (DER2017-86443-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad español. Este trabajo toma como punto de partida la ponencia “Anomía y función pública” que presenté al *I Congreso de filosofía del Derecho para el mundo latino (i-Latina)*, celebrado en Alicante en 2016, aunque muchas de las tesis que allí sostuve son aquí matizadas o desarrolladas con mayor detalle. Quisiera agradecer las observaciones que Manuel Atienza, Josep Aguiló Regla y Victoria Roca han realizado a un borrador de este trabajo y que, sin duda, han contribuido a mejorarlo.

² En este mismo sentido, ya la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano, de 1789, decía en su art. 16: «Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución».

³ Sobre la caracterización de la distinción entre reglas y principios que aquí sigo, puede verse ATIENZA y RUIZ MANERO (1996).

vista de las exigencias normativas del Estado de Derecho. En este sentido, en ocasiones se señala que una parte importante de la actividad que desempeña la Administración consiste en la mera aplicación de normas preexistentes a casos concretos (pensemos en la concesión de una licencia de obras a un particular o en la imposición de sanciones administrativas...) y que dichas actividades podrían por tanto ser equiparadas a la actividad jurisdiccional; y otra parte de la actividad desarrollada desde el Poder Ejecutivo coincidiría con la actividad legislativa (creación de normas generales, aunque de menor jerarquía que la ley). Pero, aunque ello sea cierto, no deja de serlo también que encontramos una gran parte de actividad de la Administración que no presenta naturaleza ni jurisdiccional (mera aplicación subsuntiva de normas), ni legislativa (creación de normas generales); me refiero a la adopción de medidas para el desarrollo de las funciones atribuidas a la Administración, consistentes en perseguir activamente ciertos fines predeterminados por la ley; actividad que en muchas ocasiones presupone el ejercicio de poderes discrecionales. Y es a este tipo de actividad, que –como veremos– se asocia con el desempeño de «responsabilidades» vinculadas al desempeño de ciertos roles o estatus, a la que me quiero referir en este trabajo.

De nuevo, los escasos análisis que podemos encontrar en la teoría del Derecho sobre la actividad discrecional de la Administración se suelen centrar en el papel que desempeña el juez, como garante de la legalidad de la actividad discrecional de la administración. Pero, en mi opinión, esta perspectiva centrada en el control de la actividad administrativa ha dado lugar a una comprensión distorsionada del fenómeno de la discrecionalidad⁴, que es presentada como la facultad de elegir libremente entre dos o más cursos de acción, cada uno de los cuales es concebido como *permisible* por el Derecho o, lo que es lo mismo, como indiferentes jurídicamente⁵. La actividad jurisdiccional de control exige una respuesta binaria, es decir, ante la admisión de un recurso contencioso-administrativo sólo caben dos opciones: o se desestima por considerar la disposición, el acto o la actuación recurrida conforme a Derecho, o se estima por considerarlo contrario a Derecho⁶. El control jurisdiccional se centra pues en excluir del ordenamiento los resultados inadmisibles de un previo desempeño de discrecionalidad; desde esta perspectiva todos los resultados que no puedan ser excluidos del ordenamiento son vistos como aceptables jurídicamente. Pero eso no implica que, desde la perspectiva de la autoridad administrativa que ha de desempeñar la discrecionalidad, ésta pueda verse como un permiso para optar entre indiferentes jurídicos. Es posible –y frecuente– que en el ejercicio de un poder discrecional existan varias actuaciones que un juez tendría que validar en una tarea de control *ex post*, pero eso no podrá determinarse hasta después de haber evaluado, a la luz de las circunstancias del caso, su adecuación para la consecución de los fines y objetivos que el sujeto debe perseguir en términos no sólo de eficacia sino también de protección de los valores por los que ha de velar. Y es en dicha actividad de evaluación y comparación de las distintas actuaciones disponibles para elegir una de ellas en lo que en mi opinión consiste el desempeño de la actividad discrecional.

Este trabajo pretende poner el foco de atención en responder a la cuestión de en qué consiste el correcto desempeño de la actividad administrativa; dicho de otro modo, en cuáles son las exigencias del principio de responsabilidad en el ámbito de la Administración Pública de un Estado constitucional. Pero, antes de ello, llevaré a cabo algunas observaciones conceptuales sobre la responsabilidad en general.

2. ALGUNAS OBSERVACIONES CONCEPTUALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD

La atribución de responsabilidad ocupa un lugar fundamental en el seno de cualquier sistema normativo. Estas atribuciones resultan indispensables, entre otras cosas, para adscribir deberes, para llevar a cabo va-

⁴ En un sentido similar se pronuncia PONCE SOLÉ (2016: 223-224).

⁵ Definiciones o aproximaciones de este tipo pueden encontrarse, por ejemplo, en BARAK (1989: 7) o BELL (1992: 92). También en la doctrina administrativista española; así, por ejemplo, en las distintas ediciones del Curso de Derecho Administrativo de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ (cfr., por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 1995: 447) y también en SÁINZ MORENO (1976: 304). En un trabajo anterior (LIFANTE VIDAL, 2002) critiqué esta aproximación. En mi opinión, la discrecionalidad implica la responsabilidad de determinar las medidas que, a la luz de las circunstancias de cada caso concreto, optimice los fines o valores a perseguir, lo que implica llevar a cabo evaluaciones y juicios de adecuación medio a fin. Evaluaciones que pueden –y en un Estado de Derecho deben– estar sometidas a control jurídico. Disiento por tanto de la caracterización extendida de que el ejercicio de los poderes discrecionales (o «no reglados») no estarían regulados jurídicamente; en mi opinión lo están, aunque a través de un tipo peculiar de normas jurídicas: las normas de fin.

⁶ Conviene señalar que el artículo 70.2 de la Ley de Jurisdicción Contenciosa de 1998 señala en este punto expresamente como un tipo de «infracción del ordenamiento jurídico», la desviación de poder, entendiendo por tal (según la propia disposición) «el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico».

loraciones de la conducta y para justificar la imposición de sanciones u otras consecuencias gravosas, tales como el deber de reparar o indemnizar ciertos daños. De modo que el de responsabilidad es, sin duda, uno de los conceptos centrales en cualquier contexto normativo y también, por supuesto, en el Derecho. Pero se trata de un término que es usado en el lenguaje ordinario, y en los propios contextos normativos, en sentidos muy distintos (aunque –y eso es importante recalcarlo– conectados entre sí de diversas maneras)⁷.

Si echamos una ojeada a las discusiones sobre la responsabilidad en el ámbito de la filosofía práctica general, nos encontramos con que es considerada uno de los pilares o presupuestos básicos desde una perspectiva deontológica. Así, por ejemplo, en la tradición kantiana, se define a la *persona* como aquel sujeto cuyas acciones le son *imputables*, es decir, aquel sujeto que consideramos «responsable» de sus acciones. Refiriéndose a esta misma idea, Muguerza señala que si alguien rechazase su condición de responsable estaría equiparándose a una mera *cosa* y, por tanto, dimitiendo de su condición de *persona*: «estaría renunciando a la humana carga de ser dueño de [sus] actos» (Muguerza, 1991: 19 y 20). De modo que con el concepto de responsabilidad se estaría aludiendo a la posición del ser humano como *agente* (sujeto activo) en el mundo que le rodea.

Pero las alusiones a la responsabilidad resultan fundamentales también desde el otro extremo de las teorías éticas, en las llamadas éticas consecuencialistas, donde las referencias a la responsabilidad ocupan también un lugar central, aunque en un sentido distinto: para llamar la atención precisamente sobre la relevancia moral de las consecuencias de nuestras acciones. Max Weber (1981: 163 y ss.) consagró la contraposición entre la ética de las convicciones (deontologista) y la ética de las responsabilidades (consecuencialista). La llamada «ética de la responsabilidad» pone en primer plano la relevancia de las consecuencias⁸. En este sentido se ha señalado que las «responsabilidades» (entendidas como las exigencias de que se produzcan ciertos resultados) serían para los consecuencialistas lo que los «deberes» son para los deontologistas (Goodin, 1995: 81).

Aunando ambas intuiciones, podemos considerar que el «sujeto responsable» es el que se hace cargo o responde de algo, y lo hace desde una doble perspectiva: *ex ante*, es el que tiene la capacidad o el poder (y/o deber) de dar lugar a un determinado estado de cosas (o de evitar su producción); y *ex post*, es el que asume o debe asumir las consecuencias de la producción de algún estado de cosas (bien sea en términos de sanción o de reparación). En este sentido, hace ya algunos años, Garzón Valdés (1996) distinguió dos posibles usos de los juicios de atribución de responsabilidad a los sujetos (juicios con la estructura: «X es responsable de Y»), cada uno de los cuales sería formulado desde una distinta perspectiva temporal respecto a los estados de cosas a valorar y a los que propuso llamar enunciados de responsabilidad personales «prospectivos» y «retrospectivos». Los primeros serían los que se refieren a un estado de cosas futuro y en ese sentido se formulan desde una perspectiva *ex ante* respecto a dicho estado de cosas; mientras que los segundos se refieren a un estado de cosas pasado y en ese sentido se formulan desde una perspectiva *ex post* respecto al mismo. Ahora bien, conviene percatarse de que hay una asimetría en el contenido que suele dársele (al menos en el ámbito jurídico) a la «Y» en los casos en los que se refiere al pasado y en los que lo hace al futuro. En la responsabilidad prospectiva se trata de un fin u objetivo a perseguir, y en ese sentido la Y representa necesariamente un estado de cosas valorado positivamente por el sistema normativo de referencia («el profesor es el responsable del aprendizaje de los alumnos», «los padres son los responsables del bienestar de los hijos»). Mientras que, en la responsabilidad retrospectiva, la Y representa un estado de cosas valorado negativamente por la práctica normativa de referencia y que normalmente se traduce en la producción de un daño o la lesión de un bien digno de protección según dicha práctica⁹ («Fulano es responsable del asesinato de Mengano», «el gerente de la Universidad es el responsable del desfalco en ella cometido»).

En los juicios prospectivos de atribución de responsabilidad estaríamos usando el término «responsabilidad» para relacionar a un sujeto con un determinado fin u objetivo (un estado de cosas futuro), atribu-

⁷ La referencia clásica en el ámbito jurídico para el análisis de los distintos sentidos de responsabilidad la encontramos en HART (1968: 211 y ss.).

⁸ Como es el caso, por ejemplo, de HANS JONAS (1995) quien pretende desarrollar una ética para la «era tecnológica» basada precisamente en lo que denomina el «principio de responsabilidad», que pretende ser una llamada de atención sobre el peligro de las posibles consecuencias del progreso tecnológico y de las acciones colectivas.

⁹ Obviamente nada impediría realizar juicios de atribución de «responsabilidad retrospectiva» por estados de cosas valorados positivamente y así, podríamos decir, por ejemplo: «La ONG “Proactiva Open Arms” es responsable de la salvación de cientos de refugiados»; pero rara vez hablamos así, y en estos casos utilizamos más el término «mérito» que el de «responsabilidad». Quizás ello se deba a que en la responsabilidad retrospectiva nos encontramos, junto al aspecto valorativo, también una reacción del sistema normativo que se suele traducir en la sancionabilidad o exigibilidad de cierta reparación.

yéndole deberes relacionados con la persecución de dicho fin, como por ejemplo cuando decimos que «el ingeniero es el *responsable* del buen mantenimiento de la red de carreteras bajo su cargo». Pero es importante darse cuenta de que estos juicios no sólo tienen una dimensión deóntica (de atribución de deberes), sino también está presente en ellos una importante dimensión constitutiva, de atribución de ciertos *status* en el marco de la institución.

La mayoría de análisis jurídicos sobre la responsabilidad personal de los empleados públicos¹⁰ suelen realizarse desde una perspectiva *ex post* o retrospectiva; se preocupan por determinar cuándo un funcionario o un cargo público –en el ejercicio de sus competencias– puede ser sancionado, o cuándo puede exigírsele (a él o a la institución a la que pertenece) que se haga cargo de la indemnización o reparación de determinados daños¹¹. Encontramos así, por ejemplo, muchos trabajos sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración o de los funcionarios; o análisis sobre las peculiaridades de los delitos cometidos por los funcionarios, o sobre su régimen disciplinario¹². Sin embargo, y como ya he indicado, en este trabajo pretendo poner el foco de atención en lo que podemos considerar como una perspectiva *ex ante*: qué es lo que exige el correcto desempeño de una «responsabilidad» pública¹³. Creo que esta perspectiva resulta fundamental incluso para una buena comprensión de las responsabilidades retrospectivas que, al fin y al cabo, han de estar diseñadas para conseguir maximizar la responsabilidad de los empleados públicos; entendiendo ahora el término «responsabilidad» en un sentido valorativo, como la virtud del buen desempeño de las funciones públicas.

3. ¿QUÉ TIPO DE DEBERES IMPLICA UNA RESPONSABILIDAD?

Los juicios prospectivos de responsabilidad se corresponderían con el sentido de «responsabilidad» que Hart consideraba equivalente a «deberes propios de un rol», entendiendo «rol» en un sentido muy amplio que incluye cualquier asignación de funciones que puede ser realizada de muy diversas maneras, desde las menos institucionalizadas (un mero acuerdo de reparto de tareas), hasta las más institucionalizadas (las asignadas siguiendo reglas formalizadas de atribución de competencias en el marco de un sistema jerárquico de toma de decisiones):

«Siempre que una persona ocupe un lugar o puesto determinado en una organización social, respecto del cual se le asignan deberes específicos para promover el bienestar o impulsar de manera específica las metas o propósitos de la organización, se puede decir con corrección que esta persona es responsable del cumplimiento de estos deberes o de hacer lo necesario para satisfacerlos. Tales deberes son responsabilidad de una persona» (Hart, 1968: 212).

Hart llama la atención sobre el hecho de que no calificamos a todos los deberes que puede tener un sujeto como responsabilidades (si a un soldado se le ordena mantener limpio el campamento, diríamos –dice Hart– que tiene esa «responsabilidad»; pero si lo que se le manda es que recoja un papel del suelo, simplemente diríamos que tiene el «deber» de hacerlo, pero no que tiene esa «responsabilidad») y apunta a que la clave de la distinción quizás se encuentre (aunque confiesa no estar muy seguro de ello) en que los deberes que son calificados como responsabilidades son de un tipo relativamente complejo y amplio, que requieren

¹⁰ Aunque este trabajo se centra en el caso de los funcionarios (en un sentido amplio, que incorpora a cualquier empleado público, al margen del tipo de vinculación que mantengan con la Administración), muchas de las cosas que aquí se dicen son igualmente aplicables a autoridades, o cargos políticos que ocupan puestos de dirección en las distintas administraciones públicas. Por supuesto, hay muchas razones para un tratamiento diferenciado (estoy pensando sobre todo en el distinto tipo de discrecionalidad característica de una y otra actividad; sobre ello véase LIFANTE VIDAL (2018: 124-130), pero nos encontramos con que muchas veces las fronteras entre ambos de tipos de actividad no son tan nítidas: ¿qué tipo de cargo es el de decano de una facultad universitaria?, ¿y el de gerente de un hospital público?

¹¹ Quizás esto sea consecuencia del predominio, en nuestra cultura jurídica, de la visión «kelseniana» del Derecho. Como es sabido, para KELSEN el elemento central del Derecho es la sanción y los ilícitos son definidos meramente como los antecedentes de las sanciones (cfr. KELSEN, 1981). Se trata, en mi opinión, de una visión deformadora del Derecho, pues se centra en un específico tipo de normas, que no da cuenta de la complejidad que encontramos en nuestras prácticas jurídicas.

¹² En este mismo sentido, RIVERO ORTEGA (2020) llama la atención sobre la preeminencia de esta perspectiva «ex post». Para este autor, es fundamental que reflexionemos también sobre vías preventivas, y no sólo represivas para la mejora de la función pública.

¹³ El Estatuto Básico del Empleado Público (texto refundido de 2015), en sus arts. 52 a 54, sí adopta esta perspectiva, pero elige unos rótulos («código de conducta», «principios éticos» y «principios de conducta») que inducen a muchos juristas a considerarlos como no exigibles jurídicamente y a situarlos fuera del foco de atención de los análisis jurídicos.

cuidado y atención a lo largo de un prolongado período de tiempo (frente a los deberes de corta duración o de tipo simple, relativos a hacer o no hacer algo en una ocasión particular).

En mi opinión, lo que caracterizaría a los deberes a los que nos referimos como responsabilidades en el ámbito público (caracterizado por ser un marco institucional formalizado y jerarquizado) sería el hecho de que se definen por su conexión con la promoción de determinados fines o estados de cosas considerados valiosos, que sería lo que justificaría la exigencia de prestarles «cuidado y atención»; lo que a su vez suele provocar tanto la «complejidad» como la mayor «duración» a la que hace referencia Hart. Y es precisamente esa vinculación con la promoción de ciertos fines la que determina las funciones (el *status*, rol o cargo) que el sujeto desempeña en el marco de la institución social de que se trate. Ocupar un determinado cargo en el marco de una institución social compromete con la persecución de los fines que justifican su propia existencia y la búsqueda del bienestar o las metas o propósitos propios de la institución; que en el caso de la Administración pública ha de estar al servicio de los intereses generales.

Por ello, las responsabilidades exigen deliberación¹⁴: es necesario «pensar sobre ellas y hacer serios esfuerzos para satisfacerlas» (Hart, 1968: 213). Y eso es así porque pretenden la consecución de ciertos estados de cosas, y no la mera realización de acciones determinadas *a priori*. Nos encontramos ante situaciones que podríamos definir con el siguiente esquema «**X debe procurar que se produzca Y**». Ahora bien, lo más normal es que **Y** sea un estado de cosas que no esté completamente bajo el control del agente **X**¹⁵. Puede ocurrir que requiera la actuación de un agente distinto al que tiene la responsabilidad de que se produzca ese resultado. Así, por ejemplo, podemos decir que «los padres son los responsables de que sus hijos vayan a la escuela». Estas serían las llamadas por Goodin «responsabilidades de supervisión». Pero también suele ocurrir que se atribuya a un sujeto la responsabilidad de que se produzca un estado de cosas que no sea directamente el resultado de la acción de nadie en particular, aunque sí la consecuencia de una combinación de factores, entre los cuales podemos encontrar acciones de sujetos y hechos naturales (como el ejemplo del buen estado de la red de carreteras al que hacíamos referencia antes).

En este sentido, la atribución de responsabilidades prospectivas suele ir acompañada de una regulación de la conducta de una manera peculiar que consiste en no determinar de antemano la acción o acciones a realizar, sino en atribuir al destinatario (al sujeto responsable) el poder –y deber– de determinar la concreta acción a realizar para la persecución del fin o consecución del resultado a obtener¹⁶. Se trata por tanto de una regulación a través de un tipo específico de normas, a las que podemos considerar –siguiendo la caracterización que realizan Atienza y Ruiz Manero (1996)– como «normas de fin» y que se contrapondrían a las «normas de acción»¹⁷. Mientras que estas últimas califican deónticamente (como obligatoria, prohibida o permitida) una acción, las normas de fin obligan a perseguir un determinado fin, delegando en el destinatario el poder discrecional o la «responsabilidad» de seleccionar el medio óptimo para ello (aquella medida que, a la luz de las circunstancias del caso concreto y atendiendo a las posibilidades fácticas y deónticas, maximiza el fin con el menor coste posible en términos de lesión de bienes y valores protegidos). Por supuesto, el sujeto al que se le atribuye la responsabilidad y el poder discrecional a ella ligado para determinar la concreta acción a realizar, también se verá sometido a muchas otras normas que sí le impongan o prohíban acciones determinadas, y en ese sentido limiten el ámbito de su discrecionalidad.

El sujeto al que se le atribuye la responsabilidad es el que ha de decidir en cada ocasión, y a la luz de las circunstancias particulares de la misma, si ha de actuar y cómo, tarea para la cual se le exige llevar a cabo una deliberación. Como dice Dworkin (2014: 353): «la responsabilidad de función debe incluir un poder de control: algún poder para seleccionar los actos que se llevarán a cabo en el ejercicio de la función prevista». Es al sujeto responsable al que le corresponde la determinación de la conducta debida, en eso consiste precisamente la discrecionalidad que implica el ejercicio de dichas responsabilidades. Pero eso no quiere decir

¹⁴ Cfr. RICHARDSON (1999). También Goodin remarca la idea de que una responsabilidad siempre requiere preocupación por parte del sujeto, y no basta con que el estado de cosas perseguido se produzca; de modo que –en su opinión– si el estado de cosas se produjera por azar, la responsabilidad se habría desatendido (GOODIN, 1995: 81 y ss.).

¹⁵ Cfr. GONZÁLEZ LAGIER (1997), quien distingue entre estados de cosas que están completamente bajo el control del destinatario de la norma y estados de cosas que lo están sólo parcialmente.

¹⁶ Véase en este mismo sentido LARRAÑAGA (2001).

¹⁷ Dentro de las normas de fin, ATIENZA y RUIZ MANERO distinguen a su vez entre dos categorías: las reglas de fin y las directrices, que sería la proyección de su distinción entre reglas y principios y, aunque coincido con su caracterización de las directrices, no comparto totalmente la que realizan en esta obra respecto a las reglas de fin. Según esa caracterización, en el consecuente de una regla de fin nos encontraríamos la calificación deóntica de la «obtención de un estado de cosas» (ATIENZA y RUIZ MANERO, 1996: 7); mientras que, en mi opinión, sería más adecuado considerar que estas reglas obligarían a perseguir un fin.

que la conducta por la que el sujeto opte no pueda ser controlada, ni que no pueda exigirse responsabilidad (ahora en sentido «retrospectivo») por su acción o inacción, más bien todo lo contrario: esta responsabilidad determina quién o quiénes (pues puede y suele haber responsabilidades compartidas)¹⁸ deben asumir ciertas funciones en el marco de una institución social y, por lo tanto, quiénes deberán hacerse cargo del fracaso, y en qué grado, si esas funciones no se realizan de manera adecuada. Podríamos decir entonces que son los distintos roles y funciones asignadas *ex ante* (la definición de las responsabilidades prospectivas) las que justificarían la exigencia de los distintos grados de responsabilidad retrospectiva (responsabilidad en el sentido de sancionabilidad).

La dinámica del cumplimiento de los deberes que implica una responsabilidad es distinta a la del cumplimiento de los deberes fijados por las normas de acción. En este último caso nos encontramos con una lógica binaria: si se ha realizado la acción debida se ha cumplido con el deber y en caso contrario se ha incumplido. Sin embargo, en el caso de los deberes vinculados a las responsabilidades la situación es distinta y opera más bien la lógica de la maximización o, mejor dicho, de la optimización¹⁹. Hay ocasiones en las que el objetivo a conseguir puede estar determinado, de modo que –al menos en principio– admitirían un cumplimiento total (aunque hay que tener en cuenta que un cumplimiento que en abstracto puede ser completamente realizable, es posible que, en la práctica y a la luz de los recursos disponibles, sólo pueda ser cumplido en cierto grado); sin embargo en la mayoría de las ocasiones nos encontraremos con objetivos que apuntan a un estado ideal que nunca puede ser completamente obtenido, sino sólo por aproximación; de modo que el sujeto responsable nunca puede cumplir completamente con su responsabilidad. En estos casos el esquema de la norma no sería tanto «X debe procurar que se produzca Y (un estado de cosas determinado)», como «X debe velar por Y (un fin valioso)»²⁰. Ejemplo de este segundo tipo sería la responsabilidad de los profesores por el aprendizaje de los alumnos. Este fin no sólo puede lograrse en distintos grados, sino que una vez que se obtiene un determinado nivel de satisfacción de los mismos, la responsabilidad no se agota, sino que exigiría seguir avanzando en el logro del objetivo (podríamos decir que el objetivo a alcanzar se va desplazando). Por lo tanto, para evaluar el grado de cumplimiento de una responsabilidad, habrá que tener en cuenta no solo el grado de cumplimiento del fin perseguido, sino también el punto de partida, los medios disponibles, etc.

4. LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO DE LAS RESPONSABILIDADES PÚBLICAS

Como ya he señalado, creo que resulta inadecuado reducir el análisis del desempeño de las responsabilidades en general, y las relativas al ejercicio de funciones públicas en particular, a la cuestión de cuándo puede o debe sancionarse u obligar a indemnizar al sujeto que desempeña dicha responsabilidad. Necesitamos reflexionar también sobre qué es lo que exige el buen desempeño de estas funciones públicas para poder así definir también su contrario: el incumplimiento en este ámbito. La atribución jurídica de responsabilidades retrospectivas (sanciones penales o disciplinarias, obligaciones de indemnizar...) a los servidores públicos es sólo un instrumento para favorecer el buen desempeño de sus funciones, de modo que su diseño ha de estar dirigido al logro de dicho fin; fin que ha de poder definirse de manera independiente a la mera ausencia de sanciones o indemnizaciones (dicho de otro modo: el buen «servidor público» no es simplemente el que no da lugar a sanciones o indemnizaciones, sino aquel que sirve del mejor modo a los intereses generales por los que ha de velar).

Pues bien, pretendo ahora plantear algunas ideas sobre qué es lo que exigiría el «buen» desempeño de las responsabilidades atribuidas en el ejercicio de funciones públicas. Tal y como he intentado mostrar en el apartado anterior, al vincularse la regulación de las responsabilidades prospectivas a las normas de fin, lo que exige el ejercicio de una responsabilidad nunca podrá reducirse al mero cumplimiento de un catálogo cerrado de deberes predeterminados en reglas de acción. Pensemos, por ejemplo, en cómo regula la legislación española la responsabilidad en la tramitación administrativa:

¹⁸ Cfr. GOODIN (1995: 100 y ss.).

¹⁹ Opto por hablar de «optimización», en lugar de «maximización», pues no se trata sólo de conseguir el máximo de ese objetivo, sino hacerlo afectando lo menos posibles a otros bienes y valores protegidos por el sistema normativo de referencia. Aunque el resultado obtenido sea el mismo, la selección de uno u otro medio puede no ser indiferente para el sistema.

²⁰ GOODIN (1995: 85-86) habla de «responsabilidades de objetivo fijo» para referirse a las primeras y de «responsabilidades de objetivo variable» [*receding-targets*] para las segundas.

«los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, serán responsables directos de su tramitación y *adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anomalía en la tramitación de procedimientos*» (art. 20 de la Ley de 1 de octubre de 2015 de Procedimiento administrativo común de las administraciones públicas).

No hay manera de traducir en abstracto y *a priori* este enunciado a un conjunto de acciones prohibidas y acciones obligatorias que agote el cumplimiento de la responsabilidad del gestor. Las medidas habrán de ser determinadas a la luz de las circunstancias de los concretos «obstáculos» que vayan apareciendo. Por supuesto esa norma se irá concretando, en los distintos procedimientos, en una serie de reglas que vayan estableciendo deberes específicos, pero eso no evitará que los «responsables del asunto» tengan que seguir prestando atención a las nuevas situaciones que se puedan plantear, y tengan que deliberar para encontrar la medida más adecuada para cumplir esos fines (ejercicio de los derechos de los interesados y respeto por los intereses legítimos) a la luz de los recursos disponibles.

De este modo, y si pasamos ahora a ver la cuestión en negativo, nos encontramos con que «incumplir» con lo que nos exige una responsabilidad puede ser, por tanto, algo distinto a incumplir un concreto deber de acción prefijado en una regla de acción²¹. Las responsabilidades se atribuyen para conseguir ciertos fines considerados valiosos, y a su vez dichos fines han de ser perseguidos de la manera más coherente con los principios y valores subyacentes a la práctica normativa²². Al mismo tiempo, ello muestra la insuficiencia de las respuestas que podemos considerar clásicas para la lucha contra el mal desempeño de las funciones públicas²³: el Derecho sancionatorio (penal o disciplinario), la atribución de responsabilidades patrimoniales, o la redacción de catálogos de deberes muy pormenorizados (pensemos en lo que se ha traducido la «calidad» en la función docente: cumplimiento burocratizado de una multitud heterogénea de estándares todos ellos «cuantificables», pero poco o nada relacionados con la calidad docente).

Por supuesto que hay muchas conductas «irresponsables» consistentes precisamente en incumplimientos de deberes de acción fijados de antemano en una regla, y que serían por tanto –por utilizar la categoría de Atienza y Ruiz Manero– «ilícitos típicos», pero también nos encontramos ante casos que no encajarían en esta categoría y que serían por tanto «ilícitos atípicos»²⁴: pensemos en todas las conductas que, sin violar ninguna regla de acción, pongan en peligro el bien o el fin que la responsabilidad atribuida obliga a perseguir. Dicho de otro modo: para enjuiciar el desempeño de una responsabilidad en el ejercicio de funciones públicas debemos ir más allá del nivel de las reglas de acción de un determinado sistema. Así, por ejemplo, podemos considerar que incumplió con su responsabilidad el cónsul español en Boston que, tras el atentado durante el maratón de 2013, cerró la delegación «a la hora habitual»: dos horas después del atentado²⁵.

Como hemos visto, la atribución de responsabilidades vinculadas al ejercicio de funciones públicas suele conllevar la atribución de poderes discrecionales que requerirán deliberación por parte del sujeto responsable para determinar la medida a adoptar y que habrá de ser aquella que, a la luz de las circunstancias del caso, maximice los fines y valores a desarrollar. Es decir, entre las razones que han de operar para tomar la decisión nos encontramos con razones finalistas²⁶, de modo que hemos de tener en cuenta las peculiaridades con las que éstas operan. Siguiendo a Summers (1978), podemos decir que son razones de carácter fáctico, están orientadas hacia el futuro y presentan un aspecto de graduabilidad, al que ya antes hemos hecho referencia. Las dos primeras características implican que estas razones presuponen una relación causal que es en la que se basa la predicción. Ello puede hacernos considerar que, en el momento de la toma de

²¹ Cfr., en este mismo sentido, JONAS (1995: 167 y ss.).

²² ATIENZA y RUIZ MANERO (2000) definen esta categoría como aquellos como supuestos de conducta contraria no a reglas sino a principios. En ella incardinan las figuras del abuso de derecho, el fraude de ley y la desviación de poder.

²³ Cfr. ROLDÁN XOPA (2013).

²⁴ Incluso me atrevería a decir que hay casos en los que, incumpliendo un determinado deber impuesto en una regla de acción, no se incumple sin embargo con la responsabilidad: un funcionario puede en un caso concreto incumplir un plazo al que está sometido en cierta tramitación y no por ello consideraríamos sin más que ha desempeñado mal su responsabilidad (aunque ese juicio puede no evitar ciertas consecuencias previstas para tal incumplimiento).

²⁵ http://internacional.elpais.com/internacional/2013/04/16/actualidad/1366117225_762812.html.

²⁶ SUMMERS (1978), a quien sigo en este punto, considera a las razones de fin como un tipo (junto a las razones de corrección) de razones sustantivas. En su opinión para entender el razonamiento jurídico necesitamos tanto la categoría de razones sustantivas, como la de razones autoritativas y la de razones institucionales. Sobre esta tipología puede verse ATIENZA (2013: 284-285 y 315-318).

decisión, una razón finalista podía tener mucha fuerza a favor de una determinada actuación, aunque resulte que no se llegó a conseguir el fin previsto (o en la medida prevista): es decir, puede que nos encontremos ante una actuación correcta, pero que a la larga (por hechos imprevisibles o circunstancias imposibles de conocer en el momento de actuar) no dé el resultado previsible. Pensemos en algunas de las medidas adoptadas para luchar contra la propagación de la Covid-19 al inicio de la pandemia, cuando la información existente sobre sus vías de contagio era aún muy deficiente, y que acabaron resultando contraproducentes. En este sentido, a la hora de evaluar el grado de cumplimiento de una responsabilidad podemos distinguir dos dimensiones: una objetiva, centrada simplemente en los resultados obtenidos (y que pueden depender de factores ajenos al sujeto, tales como los medios o el conocimiento disponible); y otra subjetiva, centrada en el cumplimiento de los deberes por parte del sujeto y que dependerá de la calidad de la deliberación que le lleva a adoptar una concreta medida y que es la que justificará la realización de reproches personales al sujeto por considerar que ha incumplido la norma de fin que los regula²⁷. Por supuesto lo que aquí nos interesa es esta segunda dimensión, la subjetiva.

Antes he señalado que los enunciados de atribución de responsabilidad cumplen al mismo tiempo una función deóntica o regulativa (de atribución de deberes u otras posiciones jurídicas) y una función constitutiva (atribución de *status* en el marco de la institución). Pues bien, ahora se trata de poner de manifiesto que estos juicios también pueden cumplir una importante función evaluativa. Decir que alguien actuó responsablemente en una determinada ocasión implica llevar a cabo un juicio valorativo positivo frente a dicha acción, juicio que se realiza a la luz de los valores de la práctica normativa en la que nos encontremos; y correlativamente calificar de irresponsable una actuación implica una valoración negativa de la misma. Cuando predicamos este concepto valorativo de responsabilidad del carácter de un individuo («El sujeto X es responsable»), estaríamos haciendo referencia a la responsabilidad entendida como una virtud (que puede ser de distinta índole atendiendo al ámbito en el que la predicamos). Solemos decir que una «persona responsable» es aquella que pone cuidado y atención en lo que hace, y que dicha atención ha de estar encaminada precisamente a preocuparse por las consecuencias de sus acciones, ha de procurar obtener las «mejores» consecuencias. Ahora bien, esta evaluación de las consecuencias (su consideración como mejores o peores) será relativa a los fines o valores que el sujeto responsable haya de perseguir en el caso en cuestión. Por otro lado, al poner el acento en el aspecto de promoción de fines y valores, la virtud de la responsabilidad suele vincularse con la idea tanto de coherencia como de integridad: una persona que actúa de forma íntegra sería aquella que deriva sus acciones y creencias de un grupo de valores esenciales (Villoria, 2012: 108). Y actuar «responsablemente» sería equivalente a actuar de forma coherente con esos valores, creencias y principios²⁸.

El desempeño adecuado de las responsabilidades públicas, aquellas encomendadas en el marco de una práctica normativa a ciertos sujetos para que procuren la consecución de objetivos en beneficio de intereses generales, exigirá que las acciones del sujeto resulten coherentes con los fines y valores que pretende desarrollar la institución en la que se incardina la concreta función objeto de responsabilidad. Se trata de actuaciones que han de gestionar no intereses propios del sujeto que actúa, sino intereses ajenos (en el

²⁷ La distinción entre estas dos dimensiones quizás ayude a entender la sorprendente (y en mi opinión injustificada) sentencia del Tribunal Supremo español, que estima parcialmente un recurso contra la inactividad del Ministerio de Sanidad, por haber generado una lesión de los derechos fundamentales a la protección de la salud y la vida de los profesionales sanitarios, dado que, al inicio de la pandemia, carecieron de los medios de protección necesarios contra la Covid-19 (STS 1271/2020, de 8 de octubre). El carácter sorpresivo de esta conclusión estriba en que la sentencia había argumentado que los medios disponibles en aquel momento a nivel mundial eran claramente insuficientes para que la Administración hubiera podido proteger adecuadamente a los sanitarios del riesgo de contagio. Lo que la sentencia parece indicar, al estimar parcialmente el recurso, es simplemente que el resultado obtenido no es acorde con los fines perseguidos por el art. 12.4 del Real Decreto 463/2020 (por el que se declaró el Estado de Alarma). Dicho artículo establece que se deberá garantizar «la mejor distribución en el territorio de todos los medios técnicos y personales, de acuerdo con las necesidades que se pongan de manifiesto en la gestión de esta crisis sanitaria». La sentencia parece olvidar que calificar a una distribución de medios como mejor o peor ha de hacerse atendiendo a las posibilidades de acción, medios disponibles, etc. con los que contaba la Administración en ese momento, y no exclusivamente estableciendo que el fin valioso perseguido por dicha distribución (la satisfacción de las necesidades de protección para los sanitarios) no se consiguió. Y el propio TS establece que dicho fin era inalcanzable para la Administración en aquel momento, dado que no había ningún curso de acción posible para evitar o mitigar ese riesgo. En mi opinión no hubo, por tanto, incumplimiento de dicha norma de fin y no se entiende, por tanto, que la sentencia declare que se ha producido una «lesión» de esos derechos fundamentales atribuible a la actuación (en este caso, omisión) de la Administración (en este caso, del Ministerio de Sanidad).

²⁸ En este sentido, DWORKIN sostiene que una persona es responsable es la que adopta una epistemología «interpretativa»: alguien es responsable en la medida en que sus diversas interpretaciones concretas alcanzan una integridad global, de manera que cada una de ellas respalda a las demás en una red de valor a la que presta adhesión (DWORKIN, 2014: 132).

ámbito de la Administración pública: intereses generales), por lo que el concepto de representación puede resultarnos aquí de utilidad: el deber del representante se define atendiendo precisamente a la maximización de los intereses de aquello que se representa y que puede ser no sólo uno o varios individuos, sino también una institución, o intereses colectivos²⁹. En este sentido, los fines a perseguir y los valores por los que velar, le vienen –por así decir– impuestos al sujeto que ostenta la responsabilidad al que se le exigirá «lealtad» a los mismos.

5. UN CATÁLOGO DE «VICIOS» DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: CORRUPCIÓN, FORMALISMO, DESIDIA E INCOMPETENCIA

Hemos visto que el correcto desempeño de una responsabilidad pública exige prestar atención a los fines y valores por los que ha de velar en el desempeño de su función, adoptando la medida más adecuada para alcanzar esos fines a la luz de las circunstancias del caso concreto. Pues bien, dependiendo de cuáles de esas exigencias se desatiendan, podemos distinguir varios tipos de incumplimiento de una responsabilidad³⁰: 1. aquellos casos en los que el sujeto actúa persiguiendo fines distintos a aquéllos por los que ha de velar en el desempeño de su función pública (serían supuestos de «deslealtad» con los principios expresivos de los fines que han de regir su actuación); 2. aquellos casos en los que sólo se persiguen algunos de esos fines, desentendiéndose del resto (serían supuestos de compartimentación o deficiente integridad o coherencia entre los diferentes principios por los que el sujeto ha de velar en su actuación); 3. aquellos casos en los que el sujeto no presta la debida atención a la determinación de la medida adecuada para la consecución de los fines por los que ha de velar (serían supuestos de desidia o falta de voluntad); y 4. aquellos casos en los que el sujeto selecciona, por incompetencia, medios inadecuados para la persecución de los fines encomendados.

Obviamente esta tipología no pretende ser una clasificación exhaustiva ni excluyente de los distintos casos de incumplimiento, pues en la práctica pueden y suelen darse conjuntamente, sino que la misma haría referencia a algo así como a «tipos ideales» de incumplimiento, cada uno de los cuales estaría típicamente conectado con alguno de los grandes males, o vicios, de la Administración Pública: la corrupción, el formalismo, la desidia y la incompetencia. Creo que esta tipología puede resultar útil en la medida en que pueda ayudarnos a pensar sobre los distintos mecanismos para evitar incumplimientos y promover, en cambio, conductas responsables.

El primer supuesto de incumplimiento sería aquel en el que el sujeto que ostenta la responsabilidad no actúa de acuerdo con los principios (fines o valores) a los que debe lealtad: la medida adoptada por el sujeto no persigue promover los fines y valores que han de guiar el ejercicio de su función, sino objetivos distintos. Recordemos que el servidor público no gestiona sus propios intereses, sino intereses públicos definidos normativamente, y es por éstos por los que ha de velar en su actuación. En este sentido incumpliría su responsabilidad quien no actuara guiado por la defensa de los intereses públicos, sino por sus propios intereses o por otros intereses particulares. La mayoría de casos que usualmente consideramos como «corrupción» se incardinarían en estos supuestos de deslealtad a los principios que han de regir la actuación del servidor público. No es fácil ofrecer una definición omnicompreensiva que incluya todas aquellas actuaciones que calificaríamos como corruptas³¹, pero creo que la clave se encuentra precisamente en la sustitución de los intereses generales por los que un sujeto ha de velar en función de su cargo por otros intereses particulares (sean propios o ajenos)³². El caso paradigmático de conducta corrupta de un servidor público sería el que utiliza su cargo para enriquecerse, o para favorecer a amigos o allegados. Aquí nos encontramos desde los

²⁹ En otros trabajos (véase, por todos, LIFANTE VIDAL, 2018, cap. 1) me he ocupado de caracterizar tres tipos de representación práctica: la representación individual, la colectiva y la institucional. Allí defendí que la relación representativa implica siempre la obligación de actuar «en interés de» los representados.

³⁰ Esta clasificación está inspirada (de manera bastante libre) en los tres modos de actuar irresponsablemente que DWORKIN señala para la responsabilidad ética: aquella que tenemos respecto a cómo vivir nuestra propia vida. El primero sería la falta de sinceridad o compromiso con los principios; el segundo, la desconexión entre los principios abstractos aceptados y las acciones realizadas; y el tercero, la esquizofrenia moral o compartimentación entre los distintos principios (DWORKIN, 2014: 135 y ss.).

³¹ Por supuesto mi interés aquí es un concepto amplio de corrupción, que no incluya sólo los casos más graves, que serían los tipificados penalmente como delitos. En estos casos, por supuesto, el ordenamiento sí incorpora una regla de acción específica que prohíbe la realización de dicha conducta tipificada como delito.

³² Me aparto así, de una definición más estricta de corrupción, como la que adoptan GARZÓN VALDÉS (2004) y VÁZQUEZ (2007). Sobre mis discrepancias conceptuales (por otro lado, muy menores) con estos autores, puede verse (LIFANTE VIDAL, 2017).

casos considerados como «corrupción de alta intensidad», como el amaño de una contratación pública a cambio de una comisión; hasta los casos que suelen calificarse como «corrupción de baja intensidad», como el de un profesor que aprueba al hijo de un colega para mantener una cómoda relación laboral, o el del médico que receta una determinada marca de medicamentos no por sus cualidades sino por las ventajas que le ofrece el correspondiente visitador médico. Pero alguien podría también apartarse de los fines a los que ha de servir no por razones basadas en el interés (conseguir un beneficio indebido), sino, por ejemplo, por adhesión a otros principios distintos a los que el Derecho establece para su ámbito de actuación; de modo que sería su compromiso con esos principios o valores ajenos a los impuestos por el Derecho los que le llevarían a apartarse de la maximización de los fines que ha de perseguir en cumplimiento de su responsabilidad³³. Imaginemos el caso de un rector de una universidad pública (en un Estado social de Derecho) que estuviera convencido de las ventajas de la competencia y libre mercado en materia educativa, y que desempeñara su cargo orientado a maximizar este fin, desentendiéndose de la calidad de la educación pública. Si consideramos que su actuación no pretende la obtención de beneficio alguno (ni para sí ni para allegados con intereses en la educación privada), este caso quizás no sería calificado en sentido estricto como «corrupción», pero se trataría igualmente de un supuesto de incumplimiento de una responsabilidad pública por deslealtad a los fines y valores que ha de perseguir.

El segundo supuesto de incumplimiento sería el de aquellos casos en los que sólo se persiguen algunos de los diferentes fines por los que se ha de velar en el ejercicio de una responsabilidad, desentendiéndose del resto; serían por tanto supuestos en los que se produce una compartimentación o deficiente integridad o coherencia entre los diferentes principios que han de regir la actuación del sujeto. Normalmente en el desempeño de las responsabilidades públicas, los funcionarios no sólo han de velar por un fin o valor determinado, sino por varios al mismo tiempo; de modo que este sujeto se encuentra con que debe lealtad a distintos principios que pueden entrar en colisión entre sí. La actuación responsable implicará que el sujeto lleve a cabo la necesaria deliberación para determinar qué concepción o especificación de esos principios es la que resulta más coherente con el conjunto de los valores; por el contrario, la actuación irresponsable será la de quien no lleva a cabo esta tarea de integración de los distintos principios relevantes. Puede que el sujeto no lo intente en absoluto (por pura pereza) y opte por uno de ellos sin tomar el otro en cuenta; o que lo intente, pero lo haga de manera deficiente porque no encuentre una concepción y especificación de esos principios que resulte coherente con todos ellos y que pueda aceptar, optando entonces por una «compartimentación» de la vigencia de esos principios. Para actuar responsablemente es necesario, por tanto, no ser sólo leal, sino también diligente y perseverante (prestar aplicación, celo y esfuerzo en el desempeño de la función). Creo que esta compartimentación sería la que está detrás de muchas de las actuaciones que consideraríamos ejemplos de conducta «formalista», en las que el sujeto se preocupa solo por uno de los principios que han de regir su actuación (la certeza o predecibilidad), olvidando los otros que persiguen la promoción de ciertos valores sustantivos a los que también debe lealtad³⁴. Muchos de estos casos de «burócratas formalistas» se incardinan en los supuestos de anomia que Merton (2002: 229 y ss.) caracterizaba como conducta ritualista, en los que se abandonan los objetivos y se respetan casi de manera compulsiva los medios institucionales, fundamentalmente los procedimientos, anteponiendo las formalidades más nimias a la consecución de cualquier objetivo valioso perseguido³⁵. Pensemos, por ejemplo, en un burócrata que se empeña en aplicar rigurosamente un procedimiento, diseñado a partir de unas determinadas situaciones típicas, a otras situaciones claramente distintas a aquéllas, sin llevar a cabo la necesaria adaptación para la consecución de los fines valiosos perseguidos por el procedimiento. Pensemos en un protocolo para evitar

³³ En este punto puede resultar útil el análisis de GARCÍA VILLEGAS (2011) a propósito del fenómeno del incumplimiento del Derecho (en general, y no sólo para los funcionarios). Este autor distingue tres «tipos ideales» de mentalidades incumplidoras: los vivos, los rebeldes y los arrogantes (a los que se les unirían los taimados y los déspotas, que serían modalidades intermedias). Los tres se ubicarían en este primer tipo de incumplimiento que estoy aquí caracterizado, pero no todos serían calificados como actuaciones corruptas. Los «vivos» serían los que incumplen para maximizar el interés propio; los «rebeldes» los que incumplen para defenderse de normas consideradas ilegítimas; y los «arrogantes», los que incumplen por considerar que hay valores que prevalecen a los impuestos por las normas.

³⁴ También los supuestos que –desde el otro extremo– suelen calificarse como «activismo» pueden ser vistos como ejemplos de esta «compartimentación» de los principios (en este caso por dejar fuera de la ponderación al valor de la certeza). En el texto me refiero fundamentalmente a las conductas formalistas porque, en el ámbito de los servidores públicos o funcionarios en general, éstas suelen ser un tipo de conductas «irresponsables» mucho más generalizadas.

³⁵ Así, por ejemplo, en marzo de 2015 el Ministerio de economía dejó sin financiación pública a prestigiosos grupos de investigación por lo que consideró «errores de forma no subsanables»: presentar un *curriculum* de seis páginas cuando el máximo establecido eran cuatro (http://elpais.com/elpais/2015/03/25/ciencia/1427302389_543128.html).

el contagio de la Covid-19 en el servicio de préstamo de libros de una biblioteca, según el cual los libros utilizados deben permanecer un período de tiempo en cuarentena antes de volver a circulación; obviamente dicho protocolo está pensado para las situaciones en las que el usuario que quiere sacar en préstamo un libro es distinto de la persona que acaba de consultar el libro en la sala; aplicar la cuarentena también a los casos en los que se trata de la misma persona sería un claro ejemplo de formalismo.

El tercer tipo de incumplimiento se daría cuando el funcionario no presta la debida atención a la determinación de la medida adecuada para la consecución de los fines por los que ha de velar. Ya no se trata de los casos en que un sujeto persiga fines distintos a los que debe lealtad por su cargo, o se olvide de alguno de los fines por los que ha de velar; sino de aquellos otros casos en los que el sujeto se despreocupa de su responsabilidad a la hora de definir cuál debería ser su actuación (aquella que optimiza los fines y valores por los que ha de velar), por desidia o cesión frente a influencias externas que acaban llevando al funcionario a optar por conductas que podríamos calificar de «acomodaticias». En el marco de instituciones jerárquicamente estructuradas (en las que los distintos roles desempeñados definen de manera muy señalada relaciones de autoridad, coordinación o vigilancia entre distintos sujetos) es usual que se acaben diseñando de manera informal procedimientos y códigos de conducta que conforman el tipo de acciones que un sujeto puede emprender, y que la actuación fuera de este contexto pueda implicar cierto coste para un sujeto³⁶ (no promoción, pérdida de prestigio, o simple incomodidad en la institución). De modo que estos factores, que acaban generando informalmente una cierta «cultura organizacional», pueden fácilmente motivar a los individuos a someterse, generando cierto grado de servilismo, cierta inercia acomodaticia que hace que el sujeto abandone su responsabilidad; es decir, que se plantee siquiera qué es lo que él mismo considera la mejor manera de desempeñar las funciones que tiene encomendadas a la luz de los principios y valores a los que debe adhesión, sino que opte por realizar (por acción u omisión) lo que le resulta más cómodo: dejarse llevar por la rutina³⁷. Pensemos en el funcionario que sospecha de la irregularidad de una contratación, pero que ante las dificultades de que una hipotética denuncia salga adelante, decidir mirar hacia otro lado; o el profesor de una universidad pública que decide no oponerse públicamente a un plan de estudios que considera nefasto... Estos supuestos de desidia, o «conductas acomodaticias», nos muestran que la actuación responsable no exige sólo lealtad a los principios y diligencia, sino también otras virtudes –como la valentía o la autonomía intelectual– para llevar a la práctica aquello que se cree justificado.

Por último, nos encontramos con aquellos casos en los que el funcionario selecciona, negligentemente, medidas que resultan inadecuadas para la persecución de los fines encomendados. Aunque un sujeto se preocupe efectivamente por los fines por los que ha de velar en el desempeño de su cargo, es posible que se equivoque en su opción y adopte una medida inadecuada (a la luz de la información y los medios disponibles) para la persecución de dichos fines: la actuación a la que su deliberación le conduce no es la que objetivamente sirve mejor a los intereses por los que ha de velar. Se trata de un tipo de incumplimiento causado por la incompetencia del sujeto para desempeñar adecuadamente su función. En este sentido, hemos de ser conscientes de que para el óptimo desempeño de una función pública se requiere no sólo lealtad a los fines institucionales y preocupación y celo en el desempeño del cargo, sino también poseer ciertas capacidades intelectuales y otras virtudes como la *phronesis* o sabiduría práctica, apertura de mente, etc.

6. ALGUNAS IDEAS –MUY PRELIMINARES– PARA LA MEJORA DEL DESEMPEÑO PÚBLICO

Hemos visto que algunos casos de mal desempeño de una responsabilidad pública tienen que ver con que la actuación del sujeto no vela por los intereses a los que ha de servir (sustituyéndolos por otros, u ocupándose sólo de algunos de ellos), mientras que otros se explican por la desidia o falta de capacidad del sujeto para desempeñar adecuadamente sus funciones. Las estrategias adecuadas para luchar contra cada uno de estos tipos de incumplimientos pueden ser muy distintas; la mayoría de los análisis se centran exclusivamente en la lucha contra la corrupción (quizás por considerarla en términos subjetivos la más

³⁶ Cfr. IGLESIAS VILA (2003: 14).

³⁷ GARCÍA VILLEGAS (2011: 175) señala que el sujeto incumplidor no siempre responde a una racionalidad bien sea valorativa o instrumental. Hay que tener en cuenta, nos recuerda este autor, que muchas veces operan otras normas (no jurídicas) a las que el sujeto se adhiere no necesariamente por interés o por convicción, sino por la acción de lo que (utilizando la terminología de Bourdieu) denomina «habitus». Este «habitus» (o rutina) tiene algo de irreflexivo y por lo tanto de abandono de lo que la responsabilidad exigiría: prestar atención a la situación y preocuparse por la consecución de los fines perseguidos.

reprochable), pero si queremos que la Administración Pública sirva eficazmente a los intereses generales necesitamos diseñar también estrategias que minimicen el formalismo, la desidia o la incompetencia. Y, en este sentido, creo que un primer –aunque modesto– paso es precisamente sacarlas a la luz como conductas contrarias a lo que el Derecho exige.

A la hora de diseñar frenos o mecanismos de lucha contra los vicios de la Administración nos encontramos con dos posibles perspectivas. La primera sería la que adopta el punto de vista del individuo (el funcionario que ha de actuar y que puede llevar a cabo o bien actuaciones responsables, o bien actuaciones corruptas, formalistas, acomodaticias o negligentes) y la segunda sería la que adopta el punto de vista institucional (los diseños institucionales que pueden favorecer, dificultar o impedir la aparición de dichas conductas). Un buen planteamiento del problema presupone no olvidarse de ninguna de estas dos perspectivas y, sobre todo, de las importantes interacciones que pueden producirse entre ambas.

Es necesario comenzar remarcando que el funcionario que incumple su responsabilidad lo hace o bien porque posee una «motivación» que le impulsa a dicho acto (le resulta ventajoso desde alguna perspectiva, aunque sea la pura comodidad de no aplicar la diligencia debida); o bien porque se ha generado en la institución una rutina de actuación irresponsable al que el sujeto se adhiere, no necesariamente por interés o por convicción, sino de una manera irreflexiva. Necesitamos, por tanto, pensar mecanismos o diseños institucionales que puedan ayudarnos a contrarrestar o eliminar las motivaciones espurias, a incrementar la diligencia, o a combatir la aparición de hábitos o inercias nocivas.

En primer lugar, parece indispensable contar con un buen diseño de responsabilidades retrospectivas (sanciones u obligaciones de indemnizar) que contrarresten las posibles ventajas que puedan motivar al funcionario a incumplir su responsabilidad. Por supuesto, distintos tipos de incumplimientos pueden requerir distinta regulación sancionadora³⁸. Y en este punto no se trata solo, ni fundamentalmente, de que estén previstas formalmente las posibilidades de atribuir este tipo de responsabilidades personales a los funcionarios incumplidores, sino de que dichas posibilidades sean realmente efectivas³⁹. De todos modos, aunque la falta de eficacia de las sanciones estaría efectivamente detrás de algunos tipos de incumplimiento (aquellos que estarían movidos por intereses particulares y responderían por tanto a una racionalidad meramente estratégica de cálculo de costes/beneficios), hay otros casos de incumplimientos en los que no operaría la racionalidad instrumental (como, por ejemplo, los casos de negligencia, o de conducta irreflexiva) y en los que no cabe por tanto confiar en la efectividad de las sanciones u otro tipo de consecuencias dañinas (como la obligación de asumir ciertos costes) para el incumplidor.

Junto al establecimiento de sanciones negativas existe también la posibilidad de motivar la conducta a través de incentivos económicos, o de otro tipo, que promuevan, por el contrario, las conductas responsables. Desde complementos salariales, hasta reconocimientos de méritos o posibilidades de promoción en la carrera administrativa. Me temo que muchas veces estos sistemas de incentivos se burocratizan de tal manera que parecen estar pensados para promocionar conductas formalistas y acomodaticias, en lugar de para evitarlas, y lo que acaban consiguiendo es expulsar el espíritu crítico en el desempeño de las responsabilidades públicas. Pensemos, por ejemplo, en vincular complementos de productividad meramente al número de expedientes tramitados, lo que supone un perverso incentivo para no acumular expedientes cuando ello está plenamente justificado; o vincular la calidad docente reconocida a un profesor al número de estudiantes que aprueban sus asignaturas (al margen de cualquier otra consideración), o al mero número de «contratos de adaptación curricular» que firma, etc.

³⁸ En el ámbito de la responsabilidad de los administradores mercantiles, PAZ ARES (2003) ha propuesto diferenciar claramente entre las responsabilidades (prospectivas) por negligencia (incumplimiento de deberes de cuidado) y por deslealtad (incumplimiento de deberes de lealtad), sosteniendo que –a diferencia de lo que ocurre con las deslealtades– hay razones para ser indulgentes con las negligencias (porque en estos casos no habría conflicto de intereses entre el administrador y la empresa, sino más bien lo contrario). Ahora bien, esa «concordancia», salvo en los casos de deslealtad, entre los intereses del administrador mercantil y de la empresa (al administrador le interesa que la empresa consiga sus objetivos) me parece mucho menos obvia en el caso de los empleados públicos. Eso quizás explique que el formalismo sea un mal típico de la Administración Pública, y no tanto de la empresa privada. Quizás uno de los objetivos sea conseguir una mayor concordancia de los intereses particulares del funcionario con los intereses generales por los que ha de velar en el ejercicio de su cargo.

³⁹ En este sentido, RIVERO ORTEGA (2020) señala que si algo falla en nuestro ordenamiento jurídico no son las posibilidades de atribuir responsabilidades (retrospectivas) personales a los empleados públicos (a diferencia de lo que ocurría con el caso de las autoridades, donde hay menos opciones), que son muchas, sino más bien su eficacia. El autor propone la simplificación en el diseño de estas responsabilidades, de manera que se elimine la creciente inseguridad jurídica en este ámbito. En este sentido propone la elaboración de un código que recoja y sistematice la atribución de responsabilidades a los empleados públicos.

Otra posibilidad de incentivar las conductas adecuadas (y desincentivar las irresponsables) es la que apela al prestigio personal y profesional del funcionario. Para ello es fundamental incidir en la relevancia de la educación orientada a conseguir que los funcionarios desempeñen «responsablemente» (virtuosamente) sus cargos, y promover una cultura de intolerancia social frente a todos los tipos de irresponsabilidad: no sólo frente a la corrupción (que es en la que más se suele incidir), sino también frente al formalismo, la desidia o la incompetencia. Quizás en este ámbito se puedan explorar las virtualidades de la transparencia para potenciar la diligencia y el celo profesional; estoy pensando en medidas tan sencillas como sacar del anonimato a los funcionarios responsables de la adopción de algunas medidas. Muchas veces el anonimato potencia incurrir no sólo en conductas desleales, sino también acomodaticias o negligentes; mientras que, por el contrario, el interés de un funcionario por mantener su prestigio personal podría operar en sentido inverso (incrementando la diligencia) si supiera que su intervención en la adopción de cierta medida va a ser pública. Piénsese por ejemplo en el anonimato de los informantes en los procesos de acreditación de la ANECA; en poco o en nada contribuye dicho anonimato a la potenciación de conductas responsables, más bien todo lo contrario.

Una propuesta que es frecuente encontrar en los catálogos de instrumentos para luchar contra conductas irresponsables, fundamentalmente las corruptas o desleales, es la reducción (o incluso eliminación) de la discrecionalidad, que es vista como la oportunidad de generar dicho tipo de incumplimientos⁴⁰. El punto de partida de este razonamiento se encuentra en la «ecuación básica de la corrupción» formulada por Klitgaard (1998) en los siguientes términos «Corrupción = Monopolio + Discrecionalidad – Rendición de cuentas», es decir, la corrupción sería una variable que es directamente proporcional al monopolio en la toma de decisiones y a la existencia de discrecionalidad, e inversamente proporcional a la rendición de cuentas. La eliminación de la discrecionalidad que se pretende con esta propuesta implicaría que la toma de decisiones por parte de la Administración estuviera guiada por reglas de acción, que predeterminen en cada situación la medida a adoptar, eliminando la deliberación que ha de realizar el sujeto a la luz de las circunstancias del caso concreto. Pero se trata –en mi opinión– de una propuesta que acaba tirando al niño con el agua sucia. La atribución de poderes discrecionales juega un papel fundamental y positivo; se trata de un fenómeno central y necesario para promover activamente ciertos fines o valores. La solución al problema de la corrupción, por tanto, no puede consistir en reglar minuciosamente todos los poderes que poseen los empleados (o autoridades) públicos para que sus decisiones sean *siempre* aplicaciones mecánicas de reglas preexistentes, sino más bien en fortalecer la cultura del control de la discrecionalidad. Y no sólo –aunque también– a través de los correspondientes recursos contencioso-administrativos. Muchas de las medidas que hoy se reclaman vinculadas al principio de «transparencia» van precisamente en esa línea de posibilitar un control por parte de la propia ciudadanía: se trata de dificultar la ocultación de las actuaciones irresponsables a través de una máxima publicidad de las actuaciones de las administraciones públicas y del fortalecimiento del derecho de acceso a la información pública por parte de los ciudadanos. El objetivo (como sostiene el Preámbulo de la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno) es someter a escrutinio la acción de los responsables públicos, permitiendo a los ciudadanos conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones. La transparencia ha de ser vista entonces como un importante valor instrumental, en el sentido de que puede repercutir provechosamente en la calidad de nuestras instituciones.

Nos encontramos también con otro grupo de medidas que están encaminadas a evitar las ocasiones en que un determinado funcionario pueda sacar provecho del ejercicio de sus responsabilidades. Se trata de conseguir que, en el ámbito de las decisiones públicas, las razones justificativas y las razones explicativas tiendan a coincidir, minimizando las posibilidades de que puedan concurrir intereses espurios en la deliberación del funcionario. Pensemos, por ejemplo, en todas las medidas dirigidas a prevenir posibles conflictos de intereses a través del régimen de incompatibilidades, del control de «puertas giratorias», la prohibición de recibir regalos, etc.

También los diseños organizativos de las instituciones pueden ser en gran medida responsables de algunos de los males que acechan a nuestra función pública. Así, por ejemplo, ciertos diseños institucionales (ciertas divisiones de tareas administrativas, o de creación de unidades funcionales) pueden ser muy relevantes para potenciar o, por el contrario, minimizar el tipo de conductas que antes calificábamos como formalistas: cuando las responsabilidades están muy compartimentadas entre distintos órganos, se puede

⁴⁰ En este sentido, véase, por ejemplo, VÁZQUEZ (2007).

propiciar que los funcionarios pierdan de vista el proceso en su conjunto y los fines al servicio de los cuales dichos procesos están diseñados. Pensemos en una «Escuela de doctorado» cuya única función sea centralizar los expedientes de elaboración de tesis doctorales de una universidad y que a diferencia de otras facultades o escuelas no tiene ni profesorado ni alumnos; es fácil que este diseño provoque que los funcionarios de dicha unidad pierdan de vista su propia razón de ser, despreocupándose de los objetivos valiosos por los que han de velar (promover y facilitar la elaboración de tesis doctorales de calidad), convirtiendo los procedimientos burocráticos en fines en sí mismos.

Respecto a los problemas del diseño institucional general de nuestra Administración, Carles Ramió incide especialmente en el inadecuado modelo de gestión del empleo público. Este autor llama la atención sobre la importancia de contar con un proceso de selección adecuado de personal y una auténtica carrera profesional, pero también sobre la necesidad de flexibilizar la gestión de los recursos humanos, y de eliminar las fragmentaciones artificiales en que operan las administraciones públicas, fragmentaciones que cercenan las posibilidades de cooperación. Uno de los graves defectos de nuestra Administración que este autor remarca sería la ausencia de una regulación de la dirección pública profesional, ausencia que genera una cierta confusión entre el espacio político y el espacio profesional: los funcionarios que ejercen funciones directivas suelen ocupar puestos de libre designación controlados una «política partidista intrusiva». De modo que, aunque los funcionarios españoles siguen estando mayoritariamente al margen de la corrupción, la enorme dimensión del fenómeno de la corrupción de los políticos se debe en parte –en su opinión– a un endeble diseño institucional de la Administración, que dificulta enormemente la tarea de control que los funcionarios deberían llevar a cabo sobre las actuaciones de los políticos⁴¹.

Esta última reflexión puede verse como un buen ejemplo de la conexión perversa que existe entre ciertos diseños institucionales y la generación de conductas tales como la desidia o el formalismo; hay que tener en cuenta que el coste personal de ejercer responsablemente ciertas funciones puede ser en ocasiones (como en el caso del control de aquellos de los que se depende, pero también en muchos otros supuestos) muy elevado. Quizás, por eso mismo, esas conductas (a diferencia de la corrupción) son en muchas ocasiones percibidas socialmente como excusables. Pero no olvidemos que se trata también de desviaciones de lo que el principio de responsabilidad exige en el ámbito de la Administración Pública y que, como tales, la apartan de la consecución de los fines que han de perseguir.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILÓ REGLA, J. (2019): “En defensa del Estado constitucional de Derecho”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 42, págs. 85-100. <https://doi.org/10.14198/DOXA2019.42.04>.
- ATIENZA, M. (2013): *Curso de argumentación jurídica*. Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho. Madrid: Trotta.
- ATIENZA, M.; RUIZ MANERO, J. (1996): *Las piezas del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- ATIENZA, M.; RUIZ MANERO, J. (2000): *Ilícitos atípicos*. Madrid: Trotta. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122020000100192>.
- BARAK, A.; KAUFMANN, Y. (trad.) (1989): *Judicial Discretion*. New Haven, Y; London: Yale University Press. <https://doi.org/10.2307/j.ctt211qxt8>.
- BELL, J. (1992): “Discretionary Decision-Making: A Jurisprudential View”, en HAWKINS, K. (ed.): *The Uses of Discretion*, págs. 89-111. Oxford: Clarendon Press.
- DWORKIN, R.; PONS, H. (trad.) (2014): *Justicia para erizos*. México: Fondo de Cultura Económica.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T. R. (1995): *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas. 5.ª ed.
- GARCÍA VILLEGAS, M. (2011): “Ineficacia del Derecho e incumplimiento de reglas en América Latina”, en RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (coord.): *El Derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento del siglo XXI*, págs. 161-184. Buenos Aires: Siglo XXI. <https://doi.org/10.15174/cj.v4i2.157>.
- GARZÓN VALDÉS, E. (1996): “El enunciado de responsabilidad”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 19, págs. 259-286. <https://doi.org/10.14198/DOXA1996.19.14>.
- GARZÓN VALDÉS, E. (2004): “Acerca de la calificación moral de la corrupción. Tan solo una propuesta”, en *Isonomía*, núm. 21, págs. 9-19.
- GONZÁLEZ LAGIER, D. (1997): “Cómo hacer cosas con acciones (en torno a las normas de acción y a las normas de fin)”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 20, págs. 157-175. <https://doi.org/10.14198/DOXA1997.20.05>.

⁴¹ Cfr. (RAMIÓ, 2011 y 2016).

- GOODIN, R. E. (1995): *Utilitarianism as a Public Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511625053>.
- HART, H. L. A. (1968): *Punishment and Responsibility*. Oxford: Clarendon Press.
- IGLESIAS VILA, M. (2003): “Violencia ambiental, liberalismo y responsabilidad”, en SELA (*Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*). Papers, Paper 21. http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/21.
- JONAS, H.; FERNÁNDEZ RETENAGA, J. M. (trad.) (1995): *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Barcelona: Herder. <https://doi.org/10.2307/j.ctvt9k2sz>.
- KELSEN, H. (1981): *Teoría pura del derecho*, traducción de la segunda edición en alemán por R. J. VERNENGO, México: UNAM.
- KLITGAARD, R. (1998): “La cooperación internacional contra la corrupción”, en *Finanzas & Desarrollo*, marzo de 1998, págs. 3-6. https://1997-2001.state.gov/global/narcotics_law/global_forum/F600espaocr.pdf.
- LARRAÑAGA, P. (2001): “Responsabilidad de rol y directrices”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 24, págs. 559-579. <https://doi.org/10.14198/DOXA2001.24.21>.
- LIFANTE VIDAL, I. (2002): “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 25, págs. 413-439. <https://doi.org/10.14198/DOXA2002.25.12>.
- LIFANTE VIDAL, I. (2017): “Responsabilidad versus corrupción”, en CERDIO HERRÁN, J.; SALAZAR UGARTE, P.; LARRAÑAGA MONJARAZ, P. (coords.): *Entre la libertad y la igualdad: Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez, Tomo II*, págs. 103-126. México: UNAM.
- LIFANTE VIDAL, I. (2018): *Representación y responsabilidad*. México: Fontamara.
- MERTON, R. K.; TORNER, F. M.; BORQUES, R. (trads.) (2002): *Teoría y estructura sociales*. México: Fondo de Cultura Económica.
- MUGUERZA, J. (1991): “Kant y el sueño de la razón”, en THIEBAUT C. (ed.): *La herencia ética de la Ilustración*, págs. 9-36. Barcelona: Crítica.
- PAZ ARES, C. (2003): “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, en *InDret*, núm. 4. <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/82614/107589>.
- PONCE SOLÉ, J. (2016): “El derecho a una buena administración y el Derecho administrativo iberoamericano del siglo XXI. Buen gobierno y derecho a una buena administración contra arbitrariedad y corrupción”, en REGUERA, E. M. (ed.): *El control de la actividad estatal*, págs. 219-247. Universidad de Buenos Aires.
- RAMÍO, C. (2011): “Estrategias para la modernización del acceso a la función pública”, en *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, núm. 7, págs. 129-144.
- RAMÍO, C. (2016): *La renovación de la función pública. Estrategias para frenar la corrupción política en España*. Madrid: Catarata.
- RICHARDSON, H. S. (1999): “Institutionally Divided Moral Responsibility”, en PAUL, E. F.; MILLER, F. D.; PAUL, J. (eds.): *Responsibility*, págs. 218-249. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511524103.009>.
- RIVERO ORTEGA, R. (2020): *Responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos. El antídoto de la arbitrariedad*. Colección Ediciones El Cronista. Madrid: lustel.
- ROLDÁN XOPA, J. (2013): *La rendición de cuentas y responsabilidad por actividad discrecional y omisión*. México: CIDE. http://rendiciondecuentas.org.mx/wp-content/uploads/2013/11/07_RCC_JoseRoldan_190813.pdf.
- SÁINZ MORENO, F. (1976): *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas.
- SUMMERS, R. (1978): “Two Types of Substantive Reasons: the Core of a Theory of Common-Law Justification”, en *Cornell Law Review*, vol. 63, núm. 5, págs. 707-778.
- VÁZQUEZ, R. (2007): “Corrupción política y responsabilidad de los servidores públicos”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 30, págs. 205-216. <https://doi.org/10.14198/DOXA2007.30.30>.
- VILLORIA, M. (2012): “Integridad”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 1, págs. 107-113. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2160/1093>.
- WEBER, M.; RUBIO LLORENTE, F. (trad.) (1981): *El político y el científico*. Madrid: Alianza Editorial. 7.ª ed.



Documentación Administrativa, número 7, enero-diciembre de 2020
Sección: ARTÍCULOS
DOI: <https://doi.org/10.24965/da.i7.10891>
Páginas: 49-62

Claves para la definición de un Estatuto del directivo público profesional

Professional civil service manager: legal definition keys

Juan Antonio Carrillo Donaire

Universidad de Sevilla (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3174-5254>

donaire@us.es

NOTA BIOGRÁFICA

Acreditado a Catedrático de Derecho Administrativo. Profesor asociado de Derecho Administrativo en la Universidad de Sevilla y abogado. Consejero electivo del Consejo Consultivo de Andalucía. Sus principales líneas de investigación son la seguridad y la calidad industrial, riesgos del progreso, el Derecho patrimonial público, la contratación administrativa, la expropiación forzosa y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

RESUMEN

Este trabajo analiza la figura del directivo público profesional, escasamente desarrollada en España a partir de las previsiones del Estatuto Básico del empleado público, exponiendo la incipiente regulación de la figura en algunas Comunidades Autónomas y en el Derecho Comparado. Asimismo desbroza propositivamente las claves de conformación de un Estatuto del directivo profesional a partir de las recientes recomendaciones de la OCDE, de las que nuestro país está aún bastante alejado.

PALABRAS CLAVE

Empleo público; directivo público; Estatuto del directivo público profesional.

ABSTRACT

This paper analyzes the figure of the professional civil service manager, barely developed in Spain yet, exposing the incipient regulation of the figure in some Autonomous Communities and in Comparative Law. It also purpose the keys to performance a Civil service management Code based on the recent OECD recommendations, from which Spain is still quite far away.

KEYWORDS

Civil service; Senior Civil Service; Civil Service Management Code.

SUMARIO

1. LA ESCASA Y DEFICIENTE REGULACIÓN DE LA FIGURA DEL DIRECTIVO PÚBLICO PROFESIONAL EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL. LA CONCEPCIÓN DE LA FUNCIÓN DIRECTIVA ENTRE LA POLITIZACIÓN Y LA FUNCIONARIZACIÓN. 2. AVANCES DEL LEGISLADOR AUTONÓMICO A PARTIR DE LAS PREVISIONES BÁSICAS DEL EBEP Y ALGUNAS EXPERIENCIAS RELEVANTES DE DERECHO COMPARADO. a) EL «SENIOR CIVIL SERVICE» BRITÁNICO. b) EL SISTEMA FRANCÉS DE LOS «EMPLOIS DE DIRECTION». c) EL EXITOSO MODELO DE LA CRESAP PORTUGUESA. d) LAS

EXPERIENCIAS DE ARGENTINA, CHILE Y PERÚ 3. RASGOS DEFINIDORES DEL ESTATUTO DEL DIRECTIVO PÚBLICO A PARTIR DE LAS RECOMENDACIONES DE LA OCDE: CLAVES PARA UNA PROPUESTA. 4. CONCLUSIONES.

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

Hace aproximadamente un siglo, en el Capítulo final de su *Economía y Sociedad*, dedicado a la «sociología de la dominación» desde las estructuras del Estado¹, el padre del modelo burocrático continental, Max Weber, ya señalaba la importancia capital que dentro de las estructuras administrativas funcionariales tenía la definición de una función directiva altamente profesionalizada y designada al margen de la política y del parlamentarismo.

Desde la teoría moderna de la organización pública y la ciencia de la Administración, existe un consenso bastante asentado que propugna que en las organizaciones públicas el liderazgo institucional reclama necesariamente la interacción entre los directivos «políticos», con legitimidad democrática, y los directivos profesionales de extracción meritocrática, aunque la elaboración de un modelo de dirección política y profesional equilibrado sigue siendo en gran medida una cuestión pendiente para el legislador y un reto de futuro²; que ya Alejandro Nieto calificó como «una de las grandes cuestiones dilemáticas» sobre la que cualquier reforma administrativa debería pronunciarse en primer término³, en línea con lo que la mejor doctrina administrativista ya venía reclamando desde la culminación de las grandes reformas administrativas del tardofranquismo⁴.

Asimismo, es un lugar común afirmar que existe un altamente desarrollado y profesionalizado modo de liderazgo organizativo en el mundo de la empresa que no se corresponde con el de la Administración. Los más recientes análisis subrayan el distanciamiento entre ambos mundos desde la perspectiva de la alta dirección de las organizaciones complejas⁵.

En este contexto, resulta innegable que la relación existente entre los diferentes tipos de liderazgo institucional y los resultados obtenidos en la consecución de sus objetivos por parte de una determinada organización pública constituye una relación de causa-efecto y una de las claves de bóveda de la definición de un modelo institucional eficiente, que evalúe sus políticas y que rinda cuentas. Por ello, la recurrente cuestión de la definición de un modelo estable de directivo público profesional vuelve a ocupar la atención del legislador en cualquier proyecto de reforma o desarrollo del modelo organizativo o del empleo público, acrecentada ahora por el proceso de transformación digital⁶ y por la pandemia sanitaria del COVID-19, que ha desnudado las carencias del sector público haciendo más oportuna que nunca una nueva reflexión sobre cómo afrontar la incertidumbre y el riesgo desde la gestión pública.

¹ *Economía y Sociedad*, trad. de la edición alemana de 1922, vol. II, Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1944, Capítulo IX.

² Basta consultar las obras de referencia en la materia que lo subrayan como un consabido déficit de nuestro modelo legal, cuyas claves esbozamos en este epígrafe. Así, entre otros muchos, pueden destacarse la obra de MAESO SECO, L. F., *El personal directivo público en España: su régimen jurídico antes y después del EBEP*, Madrid, La Ley, 2011; y, entre las más recientes, las de RAMIÓ MATAS, C., *La Administración pública del futuro (Horizonte 2050): instituciones, política, mercado y sociedad de la innovación*, Tecnos, Madrid, 2017; y JIMÉNEZ ASENSIO, R., “La dirección pública profesional: perspectiva comparada y diagnóstico de la situación en España” en la obra colectiva (dirigida por él mismo junto a VILLORIA, M. y PALOMAR OLMEDA), *La dirección pública profesional en España*, Marcial Pons, 2009, pág. 15 y ss.

³ “Un primer paso para la reforma de la Administración española”, en *La reforma del Estado y de la Administración española* (dir. por BAENA DEL ALCÁZAR, M.), INAP, 2013, Madrid, pág. 163.

⁴ Desde que GARCÍA-TREVIJANO FOS, en su *Tratado de Derecho Administrativo*, volumen I (1970), tratase la cuestión de forma pionera, con un nivel de exhaustividad y profundidad extraño en la manualística clásica.

⁵ NUÑEZ MARTÍN, A., *El nuevo directivo público: claves de liderazgo para la gestión pública*, EUNSA, Navarra, 2012; ALBAREDA, A. y LOSADA, C., *El empleo público en España: desafíos para un estado democrático más eficaz*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2017; LAPUENTE, V., y DALHSTROM, C., *Organizando el Leviatán: por qué el equilibrio entre políticos y burócratas mejora los Gobiernos*, Universidad de Deusto, 2018.

⁶ RAMIÓ MATAS, C., “El Estado en el año 2050: entre la decadencia y el esplendor”, *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, núm. 66, 2016, pág. 5 y ss; y, de mismo autor, “Inteligencia artificial, robótica y modelos de Administración pública”, *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, núm. 72, 2018, pág. 5 y ss. Es interesante, en este sentido, consultar las referencias a esta cuestión que se contienen en la llamada *Estrategia Española en Inteligencia Artificial*, presentada por el Ministerio de Economía del Gobierno de España en diciembre de 2020, así como en el *Plan Español de Recuperación, Transformación y Resiliencia* (España puede) aprobado en octubre de 2020 como propuesta para la ejecución de los Fondos europeos *Next Generation UE*.

A nivel estatal, deben tenerse en cuenta diversos textos legales que aportan la regulación esencial sobre esta cuestión.

En primer lugar, la derogada la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), que establecía un modelo directivo a mitad de camino entre lo politizado y lo funcional basado en la distinción entre órganos superiores y directivos, exigiendo que los segundos fuesen desempeñados, en todo caso, por funcionarios de carrera; mientras que los primeros (Ministros y Secretarios de Estado) tenían un claro cariz político⁷. El modelo de la LOFAGE fue reproducido, con algunas variables reseñables, por los artículos 57 a 68 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP)⁸, que, con carácter general, atribuye a los órganos superiores la principal función de establecer los planes de actuación de la organización situada bajo su responsabilidad y a los órganos directivos su desarrollo y ejecución (art. 55.9)⁹.

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

En segundo lugar, el Estatuto Básico del Empleado Público de 2007 (EBEP) y el posterior texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (TREBEP) que reproduce las previsiones del artículo 13 del EBEP, de carácter básico, para el llamado «personal directivo profesional», con la siguiente fórmula tan abierta como poco detallada:

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

1. Es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración.
2. Su designación atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia.
3. El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados.
4. La determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva a los efectos de esta ley. Cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección».

La introducción en el EBEP de esta figura del personal directivo se consideró por la doctrina una inequívoca oportunidad para la modernización de la función directiva, en el entendido que la regulación de la figura pretende sujetar la gestión profesional a criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad y control de resulta-

⁷ La LOFAGE asentó la distinción, largamente acogida por la legislación autonómica posterior, entre órganos superiores y directivos de los Ministerios; siendo los primeros los Ministros y Secretarios de Estado, y llegando los segundos hasta el nivel de Subdirección general (comprendiendo, por tanto, a los Subsecretarios y Secretarios Generales –en caso de existir–, Secretarios Generales Técnicos, Directores Generales y Subdirectores). Asimismo, la LOFAGE exigía a los órganos directivos, la condición legal de «funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades locales, a los que se exija para su ingreso el título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente» (o del subgrupo A1 al que se refiere el art. 76 del TREBEP, como dice hoy la LRJSP). Esta segunda regla no ha tenido, en cambio, tanto predicamento en la legislación autonómica como la primera, lo que hace a las Comunidades Autónomas más proclives a un mayor nivel de politización de la función directiva.

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

⁹ Al tiempo de escribirse estas líneas, en diciembre de 2020, se está tramitando en el Parlamento la Ley de Presupuestos para 2021, que pretende recuperar la regulación de las Agencias estatales, sin que en el proyecto que hemos manejado se recupere esta figura directiva.

dos en función de los objetivos¹⁰. Sin embargo, más de una década después de su regulación en el EBEP, la figura sigue sin contar, al menos en el ámbito de la Administración General del Estado, con el desarrollo normativo que requiere para hacerla operativa como modelo de selección y designación de directivos públicos.

En otro orden, la introducción de la llamada carrera horizontal en el EBEP (art. 17) tampoco ha supuesto el modelo de promoción basado en habilidades directivas¹¹.

En tercer y último lugar, también ha de tenerse en cuenta la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado; condición que la LRJSP atribuye a los titulares de los órganos superiores, con la excepción de los Subdirectores generales y asimilados (art. 55.6)¹².

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

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

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

En todo caso, profesionalizar para dotar de una estabilidad sujeta a criterios de mérito y capacidad determinados puestos clave de la organización de las Administraciones Públicas, sobre todo en un modelo administrativo como el nuestro sumamente dependiente del sector público, que penetra con una capilaridad enorme en el tejido socio-económico y productivo de nuestro país, pasa por profesionalizar la dirección pública. Y –a nuestro juicio– ello no debe implicar funcionarizar, o al menos no debe limitar a esta condición el requisito de entrada en la función directiva profesional. Pues, como gráficamente ha dicho Jiménez Asensio, «se puede ser un excelente funcionario público y, a su vez, un pésimo directivo»¹³.

Como veremos seguidamente, las experiencias de éxito apuntan, antes bien, a los modelos abiertos de selección objetiva a partir de la demostración de una formación específica y de aptitudes directivas que per-

¹⁰ Léase, en este sentido, el pionero trabajo del tristemente extrañado BERMEJO VERA, "El personal directivo, ¿nueva tipología de funcionario público?" en AA.VV., *El estatuto básico del empleado público y su desarrollo legislativo*, Universidad de Zaragoza, 2007, pág. 195 y ss; así como el trabajo de PALOMAR OLMEDA, A., "Pautas para el diseño de un estatuto de directivo público para las administraciones convencionales", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 72, 2005, pág. 195 y ss.

¹¹ En relación con la carrera horizontal y la evolución del desempeño a efectos de su aplicación, véase PADILLA RUIZ, P., *La evaluación del desempeño en un contexto de mejora de la gestión del empleo público*, 2018, tesis doctoral de libre consulta en <http://hdl.handle.net/10578/20351>.

¹² Desde la perspectiva que interesa a este trabajo, basta con mencionar que esta Ley, en la línea seguida por muchas de sus homónimas autonómicas, establece definitivamente que el nivel de alto cargo llega hasta el de Director General incluido, y que regula los requisitos de idoneidad para el nombramiento de todos ellos, siquiera sea con carácter genérico (estableciendo en sus arts. 2 y 3 unos principios generales que rigen su selección y conducen al ejercicio de la condición de alto cargo). La Ley intenta precisar qué se entiende por idoneidad, al exigir la concurrencia de tres características: honorabilidad, debida formación y experiencia en la materia. Añade, por lo que a la formación y a la experiencia se refiere, que éstas se valorarán teniendo en cuenta los «conocimientos académicos adquiridos», sin que se exija titulación universitaria, y la «naturaleza, complejidad y nivel de responsabilidad de los puestos desempeñados, que guarden relación con el contenido y funciones del puesto para el que se le nombra».

¹³ *Op. cit. supra*, pág. 43. Idea previamente desarrollada, por el mismo autor, en su trabajo "Los directivos públicos en la reforma del empleo público: especial consideración del personal directivo local" en *El estatuto básico del empleado público y su incidencia en el ámbito local* (coord. por PALOMAR OLMEDA, A.) 2007, pág. 165 y ss.

miten que el talento entre y salga de manera natural de la Administración sin precondicionar las competencias del directivo público profesional a la necesaria condición de funcionario público, pero sin que tampoco sea tal condición un obstáculo para ello.

2. AVANCES DEL LEGISLADOR AUTONÓMICO A PARTIR DE LAS PREVISIONES BÁSICAS DEL EBEP Y ALGUNAS EXPERIENCIAS RELEVANTES DE DERECHO COMPARADO

Según recientes informes de la OCDE, España es el país de los de mayor tamaño de la Unión Europea que tiene una dirección pública con estándares más bajos de profesionalización y con una mayor presencia de la politización y de nombramientos discrecionales en tales estructuras, lo que representa un importante déficit estructural del modelo de gobierno abierto¹⁴.

La falta de desarrollo del artículo 13 del TREBEP, unida a la desestructurada legislación estatal a la que nos hemos referido, que condiciona, de un lado, el acceso a la titularidad de órganos directivos a la condición funcional y, de otro, establece un sistema sumamente discrecional en la selección y cese de tales puestos, ha animado a algunas Comunidades Autónomas, en el marco de sus competencias de autoorganización y de desarrollo del régimen jurídico básico de sus empleados públicos a ensayar fórmulas más o menos imaginativas e innovadoras de implantación de la figura del directivo público profesional.

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

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

¹⁴ Si utilizamos como referencia el porcentaje de ingresos o gasto público respecto al PIB y el porcentaje que representa el empleo público respecto del total, España está en la media de países desarrollados. Según la OCDE también se han cumplido en nuestro país los compromisos de la Alianza Internacional por el Gobierno Abierto (*Open Government Partnership*), a la que España se sumó en 2011. Fruto de estos compromisos, España ha culminado ya cuatro planes estratégicos de gobierno abierto, habiendo aprobado el último en 2020 para el periodo 2020-2024. Sin embargo, nuestro país está a la cola en la profesionalización de la función directiva, que es señalada por la OCDE como una de las claves para avanzar en el fortalecimiento institucional. Tal deficiencia ya se hizo presente en el Informe OCDE *Survey on Strategic Human Resources Management in Government* de 2006, del que puede consultarse una versión actualizada de 2016 en <http://www.oecd.org/gov/survey-on-strategic-human-resources-management-2016.pdf>, y ha vuelto a relucir en la base de datos elaborada por la unidad especializada de la OCDE sobre *Public Employment and Management working party* (PEM), de libre acceso en <http://www.oecd.org/gov/government-at-a-glance-2017-database.htm>. Asimismo es de interés el documento *Engaging public employees for a high performing civil service*, Paris, OCDE Publishing, 2016 (<https://www.oecd.org/gov/engaging-public-employees-for-a-high-performing-civil-service-9789264267190-en.htm>). Si acudimos a otros marcos internacionales de contraste, las conclusiones son parecidas. Así, España recibe una baja valoración de la imparcialidad de los funcionarios públicos en el *Informe sobre Competitividad Global 2017* elaborado por el Foro Económico Mundial (situándose en el puesto núm. 83 de los 137 países analizados). Este resultado se corrobora en los indicadores de efectividad gubernamental elaborados por el Banco Mundial en 2018, en los que España ocupaba un mediocre puesto número 12 de la Unión Europea.

Por su parte, la Comunidad de Castilla-La Mancha aprobó mediante Decreto 215/2019, de 30 de julio, del Estatuto de la Dirección Pública Profesional de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, que desarrolla las previsiones que sobre el personal directivo profesional contenía la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de dicha Comunidad Autónoma. La figura se califica como un elemento decisivo para la modernización administrativa, sometiendo su selección a requisitos y procedimientos específicos, y su gestión a al cumplimiento de objetivos y control de resultados en función de su grado de consecución¹⁵.

En el ámbito de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Canarias, la Resolución de 14 de noviembre de 2019 dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Gobierno canario que dicta Instrucciones a los representantes del Gobierno en las Juntas Generales y Consejos de Administración de las sociedades mercantiles públicas relativas al personal directivo de dichas sociedades. Esta disposición, de ínfimo rango, se ampara en la legislación canaria de Transparencia y Acceso a la información pública, en la legislación autonómica sobre sociedades mercantiles dependientes o vinculadas a la Administración insular y en el Decreto 68/2015, de 30 de abril, por el que se establece el marco general para la innovación y mejora de los servicios públicos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, para establecer un modelo de selección del personal directivo de las sociedades mercantiles del sector público canario basado en la acreditación de capacidades y experiencia previa en la gestión y en la evaluación periódica de resultados a partir de un programa de gestión que tendrá su origen en el plan organizativo y de funcionamiento que los candidatos seleccionados hayan presentado y defendido en las pruebas de selección.

Junto a estas medidas, en el momento de redactarse estas líneas existen otras iniciativas autonómicas en marcha. Así, a principio del 2019 el Gobierno Vasco presentó un proyecto de Ley de Empleo Público que define la figura del Alto Cargo y Directivo Público Profesional y determina las funciones directivas. El sistema de selección se fundamenta en la valoración y acreditación de competencias. Más recientemente, la Comunidad andaluza ha avanzado su intención de regular la figura del directivo público profesional en su anunciada reforma de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía.

Muchas de estas regulaciones e iniciativas autonómicas han partido del análisis comparado de algunos modelos contrastados en nuestro entorno más próximo que han avanzado en las últimas décadas reformas institucionales de profesionalización de la dirección pública.

De los distintos modelos comparados actuales, se podrían destacar, por su proximidad al modelo español o por su reconocimiento a nivel internacional, los siguientes:

a) El «*senior civil service*» británico

Tras la aprobación del *Civil Service Management Code* de 1 de abril de 1996, la figura de *Senior Civil Service* se configura como una categoría singular del directivo público de la Administración británica que cuenta con un estatuto diferenciado del resto de empleados públicos en cuanto a selección, estructura retributiva e incentivos al rendimiento y objetivo de evaluación y cumplimiento¹⁶.

Para los puestos de mayor relevancia, que se corresponden con determinadas «bandas» salariales, la selección se realiza directamente mediante la *Civil Service Commission*, con arreglo a un protocolo específi-

¹⁵ La Ley 4/2011, de 10 de marzo, no identificó directamente ningún puesto de carácter directivo, pero facultó al Gobierno autonómico para que, a través de la correspondiente relación de puestos de trabajo, determinase qué puestos tienen ese carácter, limitándose a señalar que los puestos directivos debían ser desempeñados por personal funcionario de los subgrupos A1 o A2 de cualquier Administración pública o, excepcionalmente, por personas que no provengan de la función pública. Junto a ello, la Ley 4/2011 exigió acreditar competencias directivas, habilitando al desarrollo reglamentario para determinar cuándo aquéllas deben entenderse acreditadas. De acuerdo con ello, el citado Decreto 215/2019 establece los requisitos que deben cumplirse para que un puesto de trabajo pueda ser calificado como personal directivo en las RPT, regulando a su vez las formas en que se han de acreditar las competencias directivas, previéndose básicamente dos: a través de la formación específica sobre dirección pública –ya sean cursos de formación organizados por Administraciones públicas o títulos oficiales de Máster o postgrado– y a través de la experiencia profesional por el desempeño de puestos directivos o asimilados. Por otro lado, se establecen las normas para la provisión de dichos puestos mediante procedimientos que garanticen la publicidad y la concurrencia. Respecto del Estatuto del personal directivo, se prevé el régimen de responsabilidad del cumplimiento de los objetivos asignados; la forma en que se determinan esos objetivos, contemplándose la figura de un programa de gestión anual; así como los indicadores que permiten evaluar su cumplimiento con carácter anual y las consecuencias de esa evaluación, incluyendo las retributivas en función del grado de cumplimiento de los objetivos señalados.

¹⁶ FOX, B., "Creating the senior civil service", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, núm. 3, 1999, pág. 819 y ss.

co y con el apoyo en una Comisión designada *ad hoc*¹⁷, mientras que en el resto de los puestos la selección es responsabilidad del Departamento o Agencia convocante¹⁸. Pero en ambos casos los procesos selectivos se desarrollan conforme a similares criterios de publicidad, concurrencia y evaluación del mérito que están plasmados en la *Constitutional Reform and Governance Act* de 2010.

La Comisión tiene un programa de supervisión de la capacidad y el cumplimiento para garantizar que la selección para el nombramiento en la función pública en otros niveles cumpla con los requisitos legales, que se basa en un contrato-programa y la evaluación periódica del desempeño cada dos años¹⁹.

b) El sistema francés de los «*emplois de direction*»

El Estatuto de la función pública en la Administración francesa está unificado para las distintas Administraciones territoriales desde la Ley de 13 de julio de 1983. En Francia existe un sistema de provisión de los puestos de carácter directivo, denominados «*emplois de direction*», a nivel de subdirector general y jefaturas de servicio, que rige para la Administración central, institucional, Autoridades independientes y órganos de relevancia constitucional, que se clasifican en dos grupos en atención a la importancia de las responsabilidades asignadas. El Decreto n.º 2012-32 de 9 de enero de 2012 regula las condiciones para su designación, sujetando dichos nombramientos a una reserva general de provisión por cuerpos de funcionarios específicos que estén en posesión de un determinado grado de antigüedad, por lo que se trata de un sistema cerrado o funcionarizado de acceso a la función directiva.

El procedimiento de selección parte de la publicación de las vacantes en los Diarios correspondientes y en la página web de función pública²⁰. El anuncio debe describir pormenorizadamente las funciones, las competencias requeridas y el grupo de clasificación de los empleos vacantes. Una vez examinadas las solicitudes recibidas en el plazo de 30 días desde la publicación del anuncio, las autoridades competentes (los Ministerios de adscripción del puesto, los directores de los organismos públicos o de las autoridades independientes, o los vicepresidentes del Consejo de Estado y del Tribunal de Cuentas) han de elevar una propuesta de designación motivada para su aprobación por decreto adoptado en Consejo de Ministros (artículo 25 del Estatuto General).

c) El exitoso modelo de la CReSAP portuguesa

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

¹⁷ Para la banda de pago 2 (directores), banda 3 (director general) y secretario permanente del servicio civil superior. La Comisión también presiden los concursos internos en la banda de pago 3 de *senior civil service* y el nivel de Secretario Permanente bajo los términos del Protocolo de Nombramientos de Alto Nivel, acordado con el Jefe del Servicio Civil.

¹⁸ <https://civilservicecommission.independent.gov.uk/>.

¹⁹ Los directivos designados han de suscribir un contrato de duración indefinida con el departamento correspondiente, que dispone autónomamente el grado del puesto y la escala salarial aplicable, así como el sistema de incentivos al rendimiento. En el contrato han de especificarse los objetivos anuales y el sistema de evaluación, que ha de analizar los resultados efectivamente alcanzados, la eficiencia en el manejo de los recursos, el desarrollo de las capacidades del equipo y la contribución a la misión u objetivos generales de la organización. El procedimiento de evaluación responde al modelo de 360 grados, en el que participa el personal del servicio, otros directivos públicos, así como los ciudadanos o asociaciones representativas del área de actividad del puesto. En función del resultado de la evaluación, los directivos son clasificados en tres niveles de rendimiento: el 25 %, en el de máximo rendimiento; el 65 %, en el de rendimiento intermedio; y el 10 % restante, en el de menor rendimiento. Para quienes estén en este último caso se proponen programas de formación directiva individualizados para tratar de atajar las deficiencias des desempeño detectadas en la evaluación. En los supuestos en que persista un bajo rendimiento, se aplica un procedimiento específico que comprende un primer aviso por escrito seguido de un período de evaluación de doce meses. Si a lo largo de este período la situación no mejora, se dicta una segunda resolución. El directivo dispone de un plazo para recurrir ante un responsable de recursos humanos, quien le notificará la decisión definitiva, que puede incluir una pérdida del grado o bien el despido.

²⁰ <https://www.fonction-publique.gouv.fr/fonction-publique-france>.

Con esta finalidad la Ley n.º 64/2011, de 22 de diciembre, creó la *Comissão de Recrutamento e Seleção para a Administração Pública* (CReSAP), como autoridad independiente cuya misión es la de reclutar y seleccionar los candidatos de la dirección superior de la Administración estatal portuguesa y de los puestos directivos de las empresas públicas con arreglo a criterios de mérito, equidad y transparencia. La CReSAP se ha convertido en una institución con reconocimiento internacional y un ejemplo de buenas prácticas en relación con la selección de los directivos públicos²¹.

A diferencia de otros modelos, y en ello radica probablemente su éxito, es que la CReSAP no tiene competencias de selección, sino que –más modestamente– se limita a funciones de propuesta a partir de parámetros técnicos y objetivos²². Conforme a la Ley n.º 128/2015, de 3 de septiembre, que aprobó sus Estatutos, y al Decreto n.º 14678/2015, de 11 de diciembre que estableció su Reglamento interno, la intervención de la CReSAP se activa a instancias del órgano que haya de designar al candidato. La CReSAP desarrolla todo el proceso de selección y formula una propuesta con tres candidatos al órgano de designación. Tras el desarrollo del proceso emite una opinión basada en una evaluación de competencias, pero su opinión no es vinculante para la autoridad de designación, que puede apartarse de la propuesta o incluso rechazarla. Si uno de los candidatos propuestos por la CReSAP es finalmente nombrado dispone de un período de desempeño de 5 años. A la designación se acompaña la *carta de missao*, que constituye un compromiso de gestión en la que se definen los objetivos, debidamente cuantificados y calendarizados, que el candidato designado debe aceptar, lo que supone su sujeción a un sistema específico de evaluación del desempeño.

d) Las experiencias de Argentina, Chile y Perú

Algunos países latinoamericanos de la cuenca sur han adoptado en los últimos años fórmulas inspiradas en alguno de los precedentes comparados que acaban de apuntarse.

Así, en Argentina, en desarrollo de la Ley núm. 24.185 y tras la fusión en el año 2015 del Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) con la Escuela Superior de Gobierno, el Decreto N.º 254/2015 propició la revisión de los procesos concursales y de selección de personal al servicio de la Administración argentina. En desarrollo de sus previsiones, el Decreto N.º 788/2019 establece un nuevo régimen de Alta Dirección Pública (aún no implementado) que establece un régimen singular de relación de empleo para la Alta Dirección Pública basado en mecanismo de selección objetivos y transparentes que pretenden garantizar la selección de este personal en régimen de igualdad de oportunidades y de méritos objetivos para determinar su idoneidad para el ejercicio de los puestos directivos. La selección se base en un régimen de convocatoria pública «abierto», que resuelve un Comité de Selección *ad hoc* que actúa bajo las pautas de una «Coordinación Concursal». La posición del personal de Alta Dirección Pública tiene una duración de cinco años contados a partir de la toma de posesión, y requiere para su adquisición: a) la prestación efectiva de servicios por un plazo no inferior al requerido para cumplimentar la primera evaluación de desempeño; b) la aprobación de la primera evaluación de desempeño con una calificación no inferior a «bueno», efectuada de conformidad con los parámetros de evaluación establecidos en el citado Decreto 788/2019; y c) la aprobación del Curso de Inducción impartido por el INEA argentino. La designación se somete a un sistema periódico de evaluación del desempeño de carácter anual, instrumentado a partir de la actividad de «evaluadores externos»²³.

Por su parte, el Sistema de Alta Dirección Pública chileno ha recibido su actual conformación tras las propuestas del Consejo de Alta Dirección Pública y las recomendaciones de la Agenda de Probidad y Transparencia de mayo adoptada por el Senado de la República el 9 de agosto del año 2016, promulgada el 3 de octubre bajo la veste de programa de regeneración y modernización del Estado chileno. El sistema, al que había dado carta de naturaleza la anterior Ley 20.955 perfeccionamiento de las Administraciones Públicas, tiene como objetivo dotar a las Administraciones e instituciones de Gobierno, a través de concursos públicos y transparentes desarrollados por el Consejo de Alta Dirección Pública²⁴, con el fin de seleccionar directivos

²¹ <https://www.cresap.pt/>.

²² El CReSAP está integrado por un presidente, de tres a cinco miembros permanentes, un miembro no permanente por cada Ministerio y sus respectivos suplentes. En la CReSAP se integra un grupo de expertos, conformado por 20 a 50 miembros designados entre empleados públicos con reconocido mérito profesional, credibilidad e integridad personal que apoyan técnicamente al CReSAP en asuntos específicos y participan en los jurados de concursos de alta gerencia para puestos directivos en la Administración Pública.

²³ <https://www.argentina.gob.ar/anmat/transparencia/autoridades-personal>.

²⁴ Para disminuir el impacto de los cambios de gobierno la nueva normativa elimina la figura de los directivos transitorios y provisionales y los reemplaza por «subrogantes legales» o por «directivos de segundo nivel jerárquico» del mismo servicio elegidos por la

con probada capacidad de gestión y liderazgo para ejecutar de forma eficaz y eficiente las políticas públicas definidas por las autoridades gubernamentales²⁵.

En Perú, la creación de la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR)²⁶, en noviembre de 2008, como entidad adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros, con la misión específica de modernizar la función pública peruana, permitió conseguir dos retos principales: la creación de un cuerpo de Gerentes Públicos y la promulgación de una Ley de Servicio Civil (recientemente reformada en 2020) que contempla dentro de la categoría de los empleados de la Administración la figura del directivo público, que define como el servidor civil que desarrolla funciones relativas a la organización, dirección o toma de decisiones de un órgano, unidad orgánica, programa o proyecto especial, cuyo desempeño se sujeta a una evaluación anual por objetivos²⁷.

3. RASGOS DEFINIDORES DEL ESTATUTO DEL DIRECTIVO PÚBLICO A PARTIR DE LAS RECOMENDACIONES DE LA OCDE: CLAVES PARA UNA PROPUESTA

En 2017, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) elaboró un Informe titulado “Liderazgo para un servicio público de alto rendimiento” el que analizaba las capacidades de los empleados públicos de los países más avanzados de la OCDE para afrontar los retos de la globalización y la digitalización de una Administración del siglo XXI. El Informe, que emplea la metodología del análisis de casos, identifica las habilidades necesarias para «gestionar mejores políticas, trabajar de forma eficaz con los ciudadanos y los usuarios de los servicios, gestionar la prestación de servicios eficaces y colaborar con las partes interesadas en entornos en red» y recomienda la implantación de modelos de profesionalización de la gestión directiva pública basados en el reclutamiento por capacidades mesurables de forma objetiva mediante un sistema de acreditación independiente y la evaluación del desempeño²⁸. El Informe decanta en buena medida los trabajos previos de la unidad especializada de la OCDE sobre *Public Employment and Management* (PEM) y concreta las recomendaciones de los Informes periódicos de seguimiento y las encuestas sobre gestión estratégica de recursos humanos en los Gobiernos de los países OCDE²⁹.

El citado Informe, y los trabajos anteriores mencionados, dieron lugar a la adopción de una Recomendación del Consejo de la OCDE sobre “Liderazgo y Capacidad en la Función Pública”, que constituye el instrumento jurídico más avanzado en la materia³⁰. La Recomendación fue formalmente adoptada el 17 de enero de 2019 por el Consejo a propuesta del Comité de Gobernanza Pública. En ella se destaca que una función pública profesional, competente y eficaz es un factor fundamental para fomentar la confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas. La Recomendación enuncia 14 principios que tienen por objeto determinar

Alta Dirección Pública. Establece una cuota de hasta 12 cargos de Alta Dirección Pública de primer nivel, correspondientes a jefes de servicio, que el Presidente de la República puede nombrar directamente durante los primeros tres meses de su mandato. Establece la exigencia de contar con acuerdo del Consejo de Alta Dirección Pública para llevar a cabo concursos en los 8 meses finales de un gobierno, y obliga asimismo a efectuar una comunicación fundada previa al Consejo de Alta Dirección Pública para pedir la renuncia de Altos Directivos Públicos de segundo nivel jerárquico, durante los primeros 6 meses desde la toma de posesión de un nuevo Gobierno.

²⁵ <https://www.serviciocivil.cl/sistema-de-alta-direccion-publica-2/>.

²⁶ <https://www.gob.pe/servir>.

²⁷ Según los arts. 58 a 64 de la Ley peruana de Servicio Civil, el directivo público tiene funciones de organización, dirección o toma de decisiones sobre los recursos a su cargo, y vela por el logro de los objetivos asignados y supervisa el logro de metas de los servidores civiles bajo su responsabilidad. El ingreso a un puesto directivo público se realiza por concurso público de méritos realizado por cada entidad, cumpliendo con el perfil del puesto respectivo. Los directivos públicos son asignados para desempeñar puestos hasta el tercer nivel orgánico consecutivo de la entidad por un plazo de tres años renovable, siempre que cuenten con evaluaciones positivas de desempeño.

²⁸ El documento es el resultado de un proyecto en el que nueve países solicitaron a la OCDE que desarrollase estudios «de caso» sobre los desafíos específicos de liderazgo que han de ejercer las organizaciones públicas. Los estudios de casos concretos se desarrollaron a través de diferentes métodos, basados en una estrecha interacción con altos funcionarios de los países participantes. Estos nueve estudios de caso también se utilizaron para generar discusión y debate en cuatro talleres a los que asistieron participantes de todos los países OCDE. Algunos de los estudios analizaron capacidades de liderazgo particulares. Por ejemplo, Finlandia pidió a la OCDE identificar desafíos y oportunidades para promover la colaboración entre organizaciones. Los países bajos querían promover a los altos funcionarios como «socios sociales». Canadá quería explorar el liderazgo inclusivo. E Irlanda y Francia propusieron analizar los retos la innovación y liderazgo de la tecnología digital. El Informe se puede consultar en <http://www.oecd.org/fr/gov/skills-for-a-high-performing-civil-service-9789264280724-en.htm>.

²⁹ Accesibles en <http://www.oecd.org/gov/pem/>.

³⁰ Existe una versión en castellano en <http://www.oecd.org/gov/pem/recomendacion-del-consejo-sobre-liderazgo-y-capacidad-en-la-funcon-publica.pdf>.

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

Partiendo de dichas recomendaciones y de los Informes y documentos precedentes³¹, es posible desgranar un conjunto de elementos que conforman el modelo OCDE para la definición de las capacidades de los directivos públicos profesionales y el establecimiento de un sistema de selección y desempeño de los mismos que pueden resumirse del siguiente modo³²:

- Desde la perspectiva de la planificación y estabilidad del diseño, se recomienda desarrollar de forma permanente y mediante una política específica de Recursos Humanos las capacidades de liderazgo de los servidores públicos de alto nivel actuales y potenciales. Dicha planificación precisa la previa definición de los puestos de carácter directivo en cada organización.
- El Estatuto del personal directivo ha de partir del establecimiento de estándares o indicadores competenciales basados en los méritos y la formación directiva específica, que aseguren la imparcialidad, la integridad y la capacidad de liderazgo de los directivos públicos profesionales. A tal efecto, se recomienda considerar todos los aspectos relevantes de la gestión de personas y garantizar su alineación con los procesos de planificación estratégica del gobierno, incluida la gestión del presupuesto.
- Es preciso establecer un sistema de selección transparente y abierto, en el que se fijen estándares de evaluación del desempeño a partir del cumplimiento de objetivos prefijados para cada puesto mediante la fijación de valores de servicio público que guíen la relación y la toma de decisiones y permitan la rendición de cuentas por el desempeño.
- Los objetivos del mandato deben proporcionar orientaciones de dirección para los directivos profesionales y estar alineados con los objetivos políticos del Gobierno y de las autoridades políticas.
- El cumplimiento de los objetivos del mandato ha de estar emparejado con niveles adecuados de autonomía y responsabilidad para alcanzarlos sin temor a represalias políticas, como resultado de un asesoramiento imparcial basado en el conocimiento experto y la libertad de decir la verdad (speech the truth). Ello pudiera hacer aconsejable incluso –en algunos casos al menos–, establecer un mandato temporal desligado de la esfera política, así como el establecimiento de un sistema de cese por causas objetivas. Se recomienda, asimismo, regular los conflictos de interés.
- Definir y ofrecer condiciones de empleo transparentes (por ejemplo, remuneración, duración de los contratos, seguridad en el empleo, derechos y obligaciones) que se correspondan debidamente con las funciones de cada puesto directivo, teniendo en cuenta los mercados de trabajo externos (del sector privado) e internos.
- Establecer un sistema de supervisión eficaz y mecanismos ágiles y efectivos de presentación y tramitación de las reclamaciones que puedan formularse. Ello reclama definir la autoridad institucional responsable del sistema de selección en cada Administración pública y dotarla de un estatus de independencia a tal efecto.

³¹ Además de los trabajos del PEM antes mencionados, la Recomendación sobre Liderazgo y Capacidad en la Función Pública cita como precedentes otras Resoluciones del Consejo de la OCDE: En concreto: la Recomendación del Consejo para mejorar la Calidad de la Regulación Gubernamental [OCDE/LEGAL/0278], la Recomendación del Consejo sobre las Directrices de la OCDE para la Gestión de Conflictos de Intereses en la Función Pública [OCDE/LEGAL/0316], la Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatorias [OCDE/LEGAL/0390], la Recomendación del Consejo sobre la Igualdad de Género en la Educación, el Empleo y la Actividad Empresarial [OCDE/LEGAL/0398], la Recomendación del Consejo sobre la Igualdad de Género en la Vida Pública [OECD/LEGAL/0418] y la Recomendación del Consejo sobre Integridad Pública [OECD/LEGAL/0435].

³² La OCDE utiliza habitualmente los siguientes indicadores para determinar si una Administración dispone de un sistema de dirección pública profesional: 1.º Existencia de una carrera separada para los directivos públicos; 2.º Promoción de la movilidad de los directivos públicos; 3.º Reclutamiento a través de un procedimiento centralizado; 4.º Existencia de un periodo de nombramiento de los directivos públicos; 5.º Vinculación de la actuación de los directivos públicos al cumplimiento de objetivos; y, 6.º Posibilidad de cese de directivos públicos en caso de rendimiento insuficiente.

Muchas de estas recomendaciones fueron recogidas por la propuesta de Estatuto del personal directivo público presentada por la Asociaciones de Cuerpos Superiores de la Administración Civil del Estado (FEDECA) a finales de 2018 que, hasta el momento, nos parece la propuesta más seria y sopesada para desarrollar este crucial aspecto en el ámbito de la Administración General del Estado (AGE) y sus organismos públicos³³.

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

En este sentido, desde un punto de vista orgánico, la figura del directivo público podría coincidir con la del «órgano directivo» que se recoge en la LRJSP (como propone FEDECA)³⁴, si bien es cierto que su implantación en el ámbito autonómico se ha movido en niveles inferiores³⁵. En todo caso, parece claro que la figura debería adecuarse en algún nivel de «órgano directivo», dentro de la vigente distinción entre órganos superiores y directivos³⁶, en el entendido de que los órganos superiores, de clara confianza política del Gobierno, quedarían fuera del ámbito de un Estatuto del directivo público profesional.

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

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

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

Es una cuestión debatible si dichos nombramientos deben realizarse entre funcionarios públicos (como sostiene la propuesta de FEDECA) o cabe la designación de personal no funcionario que acredite las oportunas competencias, como alguna legislación autonómica ha reconocido expresamente –siquiera sea con carácter excepcional– y es habitual en los modelos comparados (con la excepción del francés), lo que nos parece plausible.

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

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

³³ Propuesta que puede consultarse en <https://fedeca.es/prensa/presentaci%C3%B3n-de-fedeca-de-su-propuesta-de-estatuto-del-directivo-p%C3%ABlico>.

³⁴ En concreto, la LRJSP señala como órganos directivos a los Subsecretarios y Secretarios generales, los Secretarios generales técnicos y Directores generales y a los Subdirectores generales. En la organización territorial de la AGE son órganos directivos tanto los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas, con rango de Subsecretario, como los Subdelegados del Gobierno en las provincias, con nivel de Subdirector general. En la Administración exterior del Estado, son órganos directivos los embajadores y representantes permanentes ante Organizaciones internacionales. Asimismo, la LRJSP prevé que los estatutos de los Organismos públicos determinen sus respectivos órganos directivos.

³⁵ A grandes rasgos, y con carácter general, la franja en la que ubican la figura las Comunidades Autónomas que la han implantado son los puestos de nivel 28 a 30 que median entre una Subdirección y una jefatura de servicio, incluyendo los puestos de coordinación, conservando la designación «política» del nivel de Director General.

³⁶ La LRJSP cita como órganos superiores a los Ministros y Secretarios de Estado y como directivos al resto de órganos antes citados. Distingue entre ambos al decir que corresponde a los órganos superiores establecer los planes de actuación de la organización situada bajo su responsabilidad y a los órganos directivos su desarrollo y ejecución.

Es un denominador común en los modelos que hemos analizados que, con independencia de la duración del mandato (punto en el que los modelos difieren enormemente³⁷) la ejecutoria del directivo público esté sujeta a la consecución de una serie de objetivos preconfigurados desde el nombramiento (carta-mandato, contrato programa, etc.), que estén en consonancia con el detalle de los planes y programas anuales y plurianuales que afecten su actividad. Consecuentemente con ello, es habitual sujetar a evaluación continua (anual o/y plurianual) el cumplimiento de dichos objetivos de acuerdo a un modelo de evaluación del desempeño y de rendición de cuentas articulado a partir del grado de cumplimiento del contrato programa, coherenciando los resultados con el reconocimiento de incentivos por productividad o las remuneraciones anuales del puesto, así como ligar el carácter renovable del nombramiento al resultado de la evaluación final del desempeño.

En otro orden, el régimen de cese, que debe ser reconducido a tipos tasados previos que eviten la discrecionalidad política, y el régimen de incompatibilidades debería ser también específico, si bien deberían modularse las rigideces del régimen ordinario de incompatibilidades de los altos cargos (al que alguna legislación autonómica se remite *in totum* y acriticamente).

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

4. CONCLUSIONES

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

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

La legislación estatal vigente regula un sistema de selección y carrera del directivo público inconexa, a partir de cuerpos normativos diversos que atienden a finalidades diferentes y que contienen mandatos excesivamente vagos y principiales, que, además adolecen del desarrollo reglamentario que precisaría la delimitación normativa de un Estatuto básico del directivo público profesional a partir de las escasas previsiones del artículo 13 del TREBEP y que, al cabo, desvirtúan la figura, por su solapamiento con la regulación de los llamados «órganos directivos» y el régimen de los altos cargos, cuyo nombramiento responde antes a criterios políticos y de oportunidad que de aptitud profesional.

El resultado de todo ello es que el modelo directivo en la Administración central no ha conseguido desembarazarse de un modelo gerencial politizado en la designación de cargos directivos y, por otra, de

³⁷ La propuesta de FEDECA es que para garantizar la estabilidad del puesto resulta conveniente fijar un período de permanencia superior al del mandato del órgano que procede a la designación, y toma como referencia para ello el mandato de cinco años, superior a una legislatura.

un modelo funcionarizado en la exigencia de dicha condición para el acceso a ciertos puestos. Esta disfuncional dualidad de politización de la alta función pública y funcionarización de la política provoca una zona de fricción entre los cargos de designación política y los funcionarios de carrera que deja poco espacio a la existencia de una franja reservada a directivos profesionales.

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

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

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

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBAREDA, A.; LOSADA, C. (coords.); LONGO, F.; FÉREZ, M. (2017): *El empleo público en España: desafíos para un estado democrático más eficaz*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos.
- BERMEJO VERA, J. (2007): “El personal directivo, ¿nueva tipología de funcionario público?” en AA.VV: *El estatuto básico del empleado público y su desarrollo legislativo: curso extraordinario*, Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 27 y 28 de septiembre de 2007, págs. 195-224. Zaragoza: Universidad de Zaragoza.
- FEDECA (2018): *Presentación de Fedeca de su propuesta de Estatuto del Directivo Público*. Madrid: FEDECA. En prensa. <https://fedeca.es/prensa/presentaci%C3%B3n-de-fedeca-de-su-propuesta-de-estatuto-del-directivo-p%C3%BAblico>.
- FOX, B. (1999): “Creating the senior civil service”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, núm. 3, págs. 819-827.
- GARRIDO FALLA, F. (1970): *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- JIMENEZ ASENSIO, R. (2009): “La dirección pública profesional: perspectiva comparada y diagnóstico de la situación en España”, en JIMENEZ ASENSIO, R.; VILLORIA MENDIETA, M.; PALOMAR OLMEDA, A. (dirs.): *La dirección pública profesional en España*, pág. 15 y ss. Madrid: Marcial Pons. <https://www.marcialpons.es/media/pdf/100857343.pdf>.
- LAPUENTE, V.; DALHSTROM, C. (2018): *Organizando el Leviatan: por qué el equilibrio entre políticos y burócratas mejora los Gobiernos*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- MAESO SECO, L. F. (2011): *El personal directivo público en España: su régimen jurídico antes y después del EBEP*. Madrid: La Ley.
- MINISTERIO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL (2020): *ENIA. Estrategia Española en Inteligencia Artificial (España puede)*. Madrid: Gobierno de España. <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2020/ENIA2B.pdf>.
- NIETO GARCÍA, A. (2013): “Un primer paso para la reforma de la Administración española”, en BAENA DEL ALCÁZAR, M. (coord.): *La reforma del Estado y de la Administración española*, págs. 207-232. Madrid: INAP.
- NUÑEZ MARTÍN, A. (2012): *El nuevo directivo público: claves de liderazgo para la gestión pública*. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra. EUNSA. 1.ª ed.
- OCDE (2003): *Recommendation of the Council on OECD Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service [OCDE/LEGAL/0316]*. OECD Legal Instruments. París: OCDE. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0316>.
- OCDE (1995): *Recommendation of the Council on Improving the Quality of Government Regulation [OCDE/LEGAL/0278]*. OECD Legal Instruments. París: OCDE. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0278>.

- OCDE (2012): *Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance [OCDE/LEGAL/0390]*. OECD Legal Instruments. París: OCDE. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0390>.
- OCDE (2013): *Recommendation of the Council on Gender Equality in Education, Employment and Entrepreneurship [OCDE/LEGAL/0398]*. OECD Legal Instruments. París: OCDE. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0398>.
- OCDE (2015): *Recommendation of the Council on Gender Equality in Public Life [OECD/LEGAL/0418]*. OECD Legal Instruments. París: OCDE. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0418>.
- OCDE (2015): *Survey on Strategic Human Resources Management in Government, en Directorate for Public Governance*. París: OCDE. <http://www.oecd.org/gov/survey-on-strategic-human-resources-management-2016.pdf>.
- OCDE (2016): *Engaging Public Employees for a High-Performing Civil Service*. OECD Public Governance Reviews. París: OECD. <https://doi.org/10.1787/9789264267190-en>.
- OCDE (2017): *Skills for a High Performing Civil Service*. OECD Public Governance Reviews, París: OCDE. <https://doi.org/10.1787/9789264280724-en>.
- OCDE (2017): *Recomendación del Consejo sobre Liderazgo y Capacidad en el Servicio Público*. Instrumentos Jurídicos de la OCDE. París: OCDE. <http://www.oecd.org/gov/pem/recomendacion-del-consejo-sobre-liderazgo-y-capacidad-en-la-funcon-publica.pdf>.
- OCDE (2017): *Recommendation of the Council on Public Integrity [OECD/LEGAL/0435]*. OECD Legal Instruments. París: OCDE. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0435>.
- OCDE (2020): *Public employment and management*. Directorate for Public Governance. París: OCDE. <http://www.oecd.org/gov/pem/>.
- PADILLA RUIZ, P. (2018): *La evaluación del desempeño en un contexto de mejora de la gestión del empleo público*, Tesis Doctoral. Albacete: Universidad de Castilla la Mancha. <http://hdl.handle.net/10578/20351>.
- PALOMAR OLMEDA, A. (2005): "Pautas para el diseño de un estatuto de directivo público para las administraciones convencionales", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 72, págs. 195-230. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1369187>.
- PRESIDENCIA DEL GOBIERNO (2020): *Plan Español de Recuperación, Transformación y Resiliencia (España puede)*. Madrid: Gobierno de España. https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2020/07102020_PlanRecuperacion.pdf.
- RAMIÓ MATAS, C. (2016): "El Estado en el año 2050: entre la decadencia y el esplendor", *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, núm. 66, págs. 5-34.
- RAMIÓ MATAS, C. (2017): *La Administración pública del futuro (Horizonte 2050): instituciones, política, mercado y sociedad de la innovación*. Madrid: Tecnos.
- RAMIÓ MATAS, C. (2018): "Inteligencia artificial, robótica y modelos de Administración pública", *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, núm. 72, págs. 5-42.
- WEBER, M. (1944): *Economía y Sociedad, vol. II, capítulo IX*. México: Fondo de Cultura Económica.



Documentación Administrativa, número 7, enero-diciembre de 2020
Sección: ARTÍCULOS
DOI: <https://doi.org/10.24965/da.i7.10898>
Páginas: 63-87

Los Claroscuros del EBEP en los procedimientos de concurrencia competitiva: reflexiones empíricas y propuestas innovadoras

The Claroscuros of the EBEP in the concurrence proceedings competitive: empirical reflections and innovative proposals

Jorge Fondevila Antolín
Gobierno de Cantabria (España)
fondevila_j@telefonica.net

NOTA BIOGRÁFICA

Doctor en Derecho; Funcionario de habilitación carácter nacional: Escala de secretaria; Funcionario del Gobierno de Cantabria: Cuerpo de Letrados y Cuerpo Técnico Superior. Jefe de Asesoría Jurídica. Las líneas de investigación desarrolladas son esencialmente empleo público, e-administración y contratación electrónica, en estas áreas ha publicado siete monografías y participado en diecisiete publicaciones colectivas, además de múltiples artículos en revistas jurídicas.

RESUMEN

Este trabajo se ha concebido como una breve reflexión de la actual situación del empleo público, con relación a los procedimientos de concurrencia competitiva, en concreto, se examina el vigente marco legal básico (TREBEP), sus aportaciones, deficiencias y, en especial, se formulan algunas propuestas de reforma del mismo, con relación a los procedimientos selectivos para el acceso al empleo público, así, como también sobre el desarrollo de los procedimientos de provisión de puestos de trabajo, elemento este último clave en el desarrollo de la carrera administrativa de los funcionarios.

PALABRAS CLAVE

Función Pública; empleados públicos; selección; órganos de selección. Administración pública; innovación en la selección; provisión de puesto de trabajo; carrera administrativa.

ABSTRACT

This work has been conceived as a brief reflection of the current situation of public employment, in relation to competitive competition procedures, specifically, it examines the current basic legal framework (TREBEP), its contributions, deficiencies and, especially, formulate some proposals for its reform, in relation to the selective procedures for access to public employment, as well as the development of the procedures for the provision of jobs, the latter key element in the development of the administrative career of the functionaries.

KEYWORDS

Public Function; public employees; selection; selection bodies. Public administration; innovation in the selection; provision of job; administrative career.

SUMARIO

1. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL MALTRECHO ESTADO DEL EMPLEO PÚBLICO. 2. LA SELECCIÓN EN EL EMPLEO PÚBLICO. 2.1. QUÉ MEJORAS INCORPORÓ EL EBEP AL ÁMBITO DE

LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN. 2.2. AUSENCIAS E INCOHERENCIAS EN EL TREBEP. 2.2.1. La composición de los órganos de selección (artículo 60 TREBEP): una regulación inacabada. 2.2.2. El Acceso del personal laboral: un sistema demasiado flexible y con un claro riesgo de interferencias. 2.2.3. Una puerta trasera de acceso inconstitucional: Disposición Transitoria 4.ª TREBEP. 2.3. ALGUNAS PROPUESTAS PARA UNA SELECCIÓN MÁS PROFESIONAL Y OBJETIVA. 2.3.1. El imprescindible desarrollo normativo en el TREBEP de la implementación del Principio de Transparencia. 2.3.2. Reducción de la discrecionalidad técnica: el control sobre el contenido de la motivación de los órganos de selección. 2.3.3. Propuesta de una necesaria especialización de los órganos de selección según el tipo de ejercicios o pruebas a valorar. 2.3.4. Propuesta de revisión de los tipos de pruebas utilizados en los procedimientos de selección. 2.3.5. La necesidad de desarrollo de los órganos especializados y permanentes de selección: Una cuestión especialmente pendiente en las administraciones locales. 2.3.6. Una exigencia del Principio de igualdad y el Estado social: Las ayudas económicas para la preparación de los procesos selectivos. 2.4. UN BREVE EXAMEN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO TRAS LA APROBACIÓN DEL EBEP: REDUCCIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA Y LA INCORPORACIÓN DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. 2.4.1. Reducción de la discrecionalidad técnica: el control sobre el contenido de la motivación de los órganos de selección. 2.4.2. La acreditación en vía de recurso administrativo y en el procedimiento judicial del desacierto de la actuación del órgano de selección mediante la práctica de una prueba pericial. 2.4.3. El Principio de Transparencia en los procesos selectivos: una exigencia ineludible. 3. UNA CARRERA ADMINISTRATIVA PROFESIONAL O POLITIZADA: LOS PROCEDIMIENTOS DE PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO. 3.1. EXAMEN DE LOS «PROBLEMÁTICOS» PROCEDIMIENTOS DE PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO. 3.1.1. Provisión de Puestos de Trabajo por Libre Designación. 3.1.2. Un poco de aire fresco: La doctrina del Tribunal Supremo sobre los controles en las convocatorias, motivación y cese en los procedimientos de libre designación. 3.1.3. Propuestas para una reconducción de la Libre designación. 3.1.4. El Concurso Específico: en muchas ocasiones una libre designación encubierta. 3.1.5. Una consideración final: la necesidad de un marco normativo específico para las entidades locales. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL MALTRECHO ESTADO DEL EMPLEO PÚBLICO¹

Para poder ofrecer un correcto tratamiento ante una enfermedad es preciso determinar con toda la precisión y crudeza necesaria su diagnóstico; solo así podemos tener la certeza de que las medidas que se puedan proponer para tratar la misma son las adecuadas. Debó destacar que mi aparente pesimismo por el título de este apartado no es real, pues si tras más de treinta años en el servicio público todavía tengo la voluntad e interés de seguir investigando y proponiendo alternativas para la mejora de nuestras Administraciones Públicas, es porque creo en el futuro del servicio público y en la necesidad de que su actividad se desarrolle en los términos establecidos por los principios constitucionales de objetividad y eficacia.

Dicho lo anterior, en este momento voy a intentar resumir las principales causas, a mi juicio, de los problemas que actualmente afectan a nuestro empleo público en las siguientes notas:

a) Especialmente desde el año 1984, se ha desarrollado un proceso normativo y de gestión con el único objetivo de desterrar la profesionalidad y objetividad en el empleo público, de manera que nos encontramos ante un sistema caracterizado por la politización y clientelismo político y sindical, cuyo escaparate principal han sido los ámbitos de la selección y la carrera administrativa (procedimientos de provisión de puestos de trabajo)². Estas consideraciones que ya hemos manifestado en otros trabajos con anterioridad

¹ Las opiniones contenidas en este artículo se realizan a título particular y no en mi condición de empleado público del Gobierno de Cantabria.

² A este respecto nos hemos pronunciado en diversos trabajos, en concreto, podemos citar, entre otros: FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2015a), "Los procedimientos de provisión de puestos de trabajo: profesionalidad y objetividad versus clientelismo político y corrupción", *Actualidad Administrativa*, Wolters Kluwer. La Ley, núm. 7-8; también, (2015b), "El Principio de Transparencia: ¿Dónde está en el empleo público en España?", *Aletheia: Cuadernos Críticos del Derecho*, núm. 2, págs. 157-192. Monográfico: Ética de la Función Pública y Transparencia. http://www.libertex.com/archivos/Transparencia_FP_JFA.pdf; asimismo, (2018a), "Repensar el diseño de los procesos selectivos en el empleo público: respuestas ágiles frente a las necesidades inmediatas y fortalecimiento de la especialización de los órganos de selección", *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 14 (especial), IVAP; además, (2018b), *Manual para la selección de Empleados Públicos*, 2.ª edición (revisada y actualizada), Wolters Kluwer. El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, y finalmente, (2018c), *Problemas y soluciones al empleo público actual: Una Valoración a los 10 años de la aprobación del EBEP*, CEMCI - Granada..

son compartidas por un sector de la doctrina³, donde exponen directamente que: «Todo parece indicar que con la politización creciente y la proliferación de asesores y gabinetes políticos esto ya no es así, ya que los políticos parecen haber prescindido cada vez más del asesoramiento técnico de los funcionarios, liberándose de su influencia y, para garantizar supuestamente la ejecución de sus decisiones, han tratado de amarrar políticamente a los altos funcionarios. En definitiva, actualmente se funciona sobre la idea de que parece que los políticos han de tomar las decisiones libremente y por su cuenta y el papel de los funcionarios queda limitado a facilitar a posteriori la cobertura legal que sea necesaria (Nieto 2008). Asimismo, según los estudios empíricos disponibles, también entre los altos cargos de confianza política suelen predominar los burócratas profesionales, aunque crecientemente se va dando más cabida a los activistas de los partidos o expertos en comunicación política con escasa o nula cualificación profesional en los temas del departamento». Y, posteriormente, añaden la siguiente consideración: «Esta situación provoca la pérdida del respeto profesional por parte de los funcionarios al jefe político y su falta de expectativas profesionales, acompañada del desánimo por ver que sus jefes han conseguido por la vía de la política lo que ellos nunca van a conseguir por méritos profesionales, incitando así a los funcionarios a politizarse [...] Este proceso de “decapitación permanente” de las organizaciones del sector público se lleva por delante todo el capital directivo construido durante un largo periodo de tiempo», y todo ello, sin olvidar los peculiares procesos de funcionarizaciones masivas.

b) Como consecuencia de la politización citada, no se ha desarrollado una necesaria gestión profesional de recursos humanos y tampoco en la gestión de los servicios públicos. Destaca así la ausencia de regulación e implantación de un auténtico modelo de Personal Directivo, ajeno al ámbito político y vinculado exclusivamente a la evaluación de los resultados profesionales de su gestión, una cuestión esencial prevista el EBEP, pero pendiente de desarrollo tanto a nivel estatal como autonómico y local.

c) Asimismo, esa politización y clientelismo que han dirigido la gestión del empleo público, ha originado otro problema muy grave, en concreto, el acceso al empleo público mediante los denominados «procesos de consolidación o estabilización», o como los califica Jiménez Asensio «Aplantillamiento» de un enorme grupo de empleados públicos que han accedido al empleo público mediante unos sistemas de acceso sin las más mínimas garantías y que, además, en muchos casos con una clara vinculación política y sindical y dudosa cualificación profesional, lo que ha originado una pérdida de talento y profesionalidad en nuestras administraciones, y a su vez un fraude para el resto de los ciudadanos que han visto defraudadas sus expectativas de acceso al empleo público reconocido constitucionalmente en el art. 23.2. CE.

d) Además, con relación a los sistemas de provisión de puestos de trabajo, se han desarrollado grandes ejemplos de «imagería e ingeniería jurídica» para alcanzar un alto nivel de colonización y manipulación política de la carrera administrativa de los empleados públicos, para ello, se han incorporado tres figuras básicas y muy útiles para los fines espurios que han sido uno de los fundamentos de la desbordante corrupción política que nos asola, en concreto, nos referimos a los procedimientos de provisión de puestos de trabajo mediante la libre designación, el concurso de méritos específico (en la práctica en muchos casos, una libre designación encubierta) y por último, la Comisión de Servicios, que constituye la primera fase a cumplir «adecuadamente» para poder después optar con garantías a los puestos de responsabilidad reservados a los otros dos procedimientos de provisión señalados.

Difícilmente vamos a poder renovar e innovar nuestras administraciones públicas si no se regenera y profesionaliza la función pública, es decir, en los puestos de trabajo de media y alta responsabilidad en las Administraciones Públicas su ocupación no puede estar dependiendo de la decisión caprichosa o interesada del órgano político de turno, pues la realidad de estos más de treinta años de experiencia, nos confirma que el criterio esencial para muchos de los nombramientos no ha sido ni el mérito ni la capacidad, sino simplemente la actitud del funcionario para ser «dócil y flexible» ante las pretensiones del órgano político. Además, para conseguir la cuadratura del círculo, nada mejor que el candidato fuera miembro o simpatizante del partido gobernante, lo que por sí mismo, no es malo, pero el problema es el uso de esas situaciones. Las reflexiones anteriores no suponen que estemos considerando como «politizados» a todos los funcionarios que desempeñan estos puestos por el sistema de libre designación, concurso específico u otros procedimientos, al contrario, muchos de ellos mantienen diariamente una lucha numantina en defensa de la objetividad y profesionalidad de su función, corriendo el riesgo permanente del cese discrecional.

³ OLMEDA GÓMEZ, J. A., PARRADO DIEZ, S. y COLINO CÁMARA, C. (2017), *Las Administraciones Públicas en España*, 2.ª edic., Tirant lo Blanc, Valencia.

e) Todas estas situaciones han constituido el caldo de cultivo perfecto para el florecimiento y desarrollo de la corrupción, fenómeno que afecta a todas las administraciones públicas y a todos sus niveles. De manera que solo desvinculando la politización del empleo público e incorporando la exigencia de unos principios de ética pública a todos los empleados públicos, se podrá comenzar un nuevo camino ya despejado y acorde con el orden axiológico constitucional.

f) También quiero destacar que nos encontramos ante un momento muy importante para el futuro de nuestro empleo público, en concreto, me refiero a tres circunstancias que concurren y de gran importancia. En primer lugar, después de transcurrir 13 años desde la aprobación del EBEP, el mismo todavía está en gran medida pendiente de desarrollo. En segundo lugar, nos encontramos con un periodo de convocatorias de consolidación y estabilización de empleo temporal, procesos que merecen mi total crítica como ya he señalado en otros trabajos ya citados, y que pueden condicionar la eficacia de las Administraciones Públicas durante muchos años. Y, en tercer lugar, el hecho de que entramos en una década de renovación masiva del empleo público; pues hay un fenómeno imparable que es el envejecimiento de las plantillas de empleados públicos, lo que va a exigir que a medio plazo deberán producirse sustituciones masivas en la provisión de puestos de trabajo de responsabilidad y la incorporación de nuevas personas a las organizaciones, y, todo ello, sin que se hayan desarrollado plan alguno de transferencia de conocimiento, un elemento esencial en toda organización profesional.

Efectivamente, si algo ha caracterizado a nuestras administraciones públicas son las decisiones políticas a corto plazo, de manera que es difícil encontrar auténticos planes estratégicos de actuación a medio y largo plazo, lo que a su vez afecta directamente a las posibles políticas de recursos humanos. Así, no hay duda de que estamos en un momento esencial de cambios sociales de carácter radical que afectan por ejemplo a áreas tan variadas como las tecnologías de la información, robótica, biomedicina, entre otras, esto supone que las administraciones deberían estar reflexionando en estos momentos sobre los cambios necesarios en su organización y en especial de cuáles van a ser los nuevos puestos de trabajo que van a ser demandados por los servicios públicos en las próximas décadas para adaptarse a estos cambios y orientar los procesos masivos de renovación de plantillas que se avecinan en los próximos años⁴, de forma que los procesos de selección deberían adecuarse a estos nuevos tipos de necesidades, y que adquiere especial transcendencia en la selección de los futuros responsables de la dirección y gestión pública, pues la denominada «burocracia» se encuentra en una fase de necesaria y obligada transformación, lo que supone que los empleados públicos que accedan al empleo en los próximos años y que serán los responsables de dirigir la nave pública hasta más allá de mediados de este siglo, deben reunir las capacidades y aptitudes necesarias para la adaptación a los cambios de la sociedad y por ende de las administraciones, un simple ejemplo final, como destaca Ramió: ¿qué sentido tiene en estos momentos seguir incorporando de forma masiva personal administrativo (sin cualificación especial); me refiero a los cuerpos de auxiliares y administrativos, cuando resulta que las TIC y su uso por cualquier personal técnico superior cualificado hace innecesario su apoyo, cuestión diferente es limitar su incorporación a ámbitos de usuarios de sistemas o la atención personal a los ciudadanos (cuestión está cada vez más olvidada, como hemos comprobado en este periodo de la Covid19, olvidando algo tan importante como es la brecha digital de nuestra población, y en especial el contacto humano), que lógicamente durante un largo tiempo seguirán siendo necesarios, pero en unas condiciones y exigencias muy diferentes a las actualmente requeridas a estos cuerpos. Todo esto incide sobre una de las cuestiones de este trabajo, en concreto, la necesidad de revisar en profundidad los actuales procedimientos de selección.

En estos momentos resulta imprescindible y esencial una reflexión y reforma de nuestro marco normativo del empleo público y, además, la adopción de medidas estratégicas. Ha llegado el momento esencial que puede condicionar para las próximas décadas qué clase de empleo público va a servir a nuestra sociedad, pues una mala gestión de estas situaciones nos puede llevar a un negro futuro para los servicios públicos y que se continúe incumpliendo el mandato constitucional de un empleo público objetivo y eficaz, y por otro lado, incumplir el principio de la «Buena administración», que en estos momentos se está configurando,

⁴ RAMIÓ MATAS, C. (2019), "Inteligencia artificial y robotización reclaman un nuevo modelo de gestión del empleo público", *Monográfico: La necesaria innovación en el empleo público local: problemas y alternativas*; Wolters Kluwer. El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid; GORRITI BONTIGUI, M. (2018), "Innovar en selección desde la evidencia empírica y las nuevas competencias", *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 14 (especial), IVAP, del mismo autor, (2019), "Gestión planificada de vacantes: retos en Organización y Recursos Humanos", en Jorge FONDEVILA (dir.), *Monográfico: La necesaria innovación en el empleo público local: problemas y alternativas*; Wolters Kluwer. El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid.

tanto por la doctrina académica como por la jurisprudencia⁵, como uno de los ejes esenciales para la decisión y actuación de las administraciones públicas como principio autónomo y con una conexión al orden axiológico constitucional, de forma, que este resulta determinante para garantizar a los ciudadanos que las decisiones adoptadas en esta materia responden a criterios de razonabilidad, y desde luego la ausencia de una adecuada reflexión y planificación sobre las necesidades organizativas y de personal de nuestras administraciones públicas para las próximas décadas, suponen una manifiesta infracción de este principio.

2. LA SELECCIÓN EN EL EMPLEO PÚBLICO

2.1. Qué mejoras incorporó el EBEP al ámbito de los procedimientos de selección

Debemos reiterar que, a nuestro juicio, los procesos de selección son una de las claves esenciales para la configuración de una administración objetiva, neutral y profesional, de manera que, si no se incorporan a los mejores, nos encontramos con un doble incumplimiento de los mandatos constitucionales, en primer lugar, los principios de igualdad, mérito y capacidad (art. 103.3 CE.) y, en segundo lugar, las exigencias del orden axiológico constitucional de una administración objetiva y eficaz. No se puede hablar de una correcta política de gestión de recursos humanos si no existe un adecuado procedimiento de selección, pues eso supone a la larga un lastre en el funcionamiento de la organización, y así lo constató la Comisión de expertos para la elaboración del EBEP⁶.

Dicho lo anterior, quiero destacar las aportaciones, si bien, con ciertos déficits importantes como señalaré posteriormente, ha realizado el TREBEP, así:

a) Resulta de gran importancia el reconocimiento legal de una serie de principios rectores de obligado cumplimiento de los procedimientos de selección, en concreto, nos referimos a las determinaciones del artículo 55. Estas previsiones distinguen dos áreas institucionales normativas:

1. Recordatorio de la aplicación de los principios constitucionales. Nos referimos a las previsiones de los artículos 23.2 y 103.3 de la CE que tienen como finalidad básica garantizar el acceso a las funciones y cargos públicos, con pleno respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad; ahora bien, esas previsiones tienen una necesaria conexión con el orden axiológico constitucional, en concreto, las previsiones de los artículos 1.1 y 103.1 de la CE, ya que, una selección correcta y ajustada a las

⁵ En este sentido resulta recomendable la consulta de los trabajos de PONCE SOLÉ, J. (2016), “La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración”, *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 175, enero-marzo, y del mismo autor, (2019), *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida*, Universidad Alcalá de Henares (UAH); y por otro lado, resulta imprescindible la consulta de la destacable sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2019 (rec. 4442/2018), que señala: «reafirmando que del derecho a una buena Administración pública derivan una serie de derechos de los ciudadanos con plasmación efectiva. No se trata, por tanto, de una mera fórmula vacía de contenido, sino que se impone a las Administraciones públicas de suerte que a dichos derechos sigue un correlativo elenco de deberes a estas exigibles, entre los que se encuentran, desde luego, el derecho a la tutela administrativa efectiva y, en lo que ahora interesa, sobre todo, a una resolución administrativa en plazo razonable»; y en la misma línea tenemos la sentencia del mismo Tribunal de 15 de enero de 2020 (rec. 3835/2018).

⁶ Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, INAP, Madrid, 2005, pág. 83 y ss., elaborado por encargo del MAP, que compartimos en su integridad y que podemos resumir en los siguientes términos:

- a) Se ha comprobado la existencia de procedimientos selectivos que carecen de suficiente publicidad, transparencia, manifestando discriminaciones, clientelismo político y favoritismo.
- b) Se ha fomentado el uso de la contratación laboral, dado que la misma ha permitido una relajación en las garantías de la selección.
- c) Igualmente, también se ha hecho un uso general del reclutamiento temporal, dado que este se ha realizado bajo unas mínimas garantías.
- d) A lo anterior, debe añadirse la última perversión del sistema, que se ha manifestado por medio de los denominados procedimientos de consolidación, que en la práctica han supuesto integrar mediante pruebas o cursos simples a la condición de funcionario de carrera o personal laboral fijo a personas que en la mayoría de los casos su acceso ha sido como mínimo irregular.
- e) También critica el uso inadecuado del procedimiento de concurso, dado que el mismo ha sido una expresión de la más amplia discrecionalidad, y además ha sido utilizado para la consolidación de las situaciones de temporalidad en el empleo público con una sobre valoración injustificada de los servicios prestados.
- f) Por último, destacamos la crítica realizada a la composición de los órganos de selección y la ausencia de profesionalidad y especialización de los mismos, recomendando que su composición quede al margen de cualquier clase de «influencia o interferencia», sindical, partidaria o corporativa, su actuación debe ser absolutamente independiente. Asimismo, realiza una especial referencia al ámbito de las corporaciones locales, donde entiende la comisión que se ha producido un funcionamiento más problemático e irregular de los Tribunales de selección.

exigencias constitucionales se constituye en uno de los fundamentos básicos para que se pueda dar cumplimiento a los mandatos constitucionales provenientes de los artículos 1.1 y 103.1 de la CE, en el sentido de conseguir la necesaria continuidad y calidad de los Servicios Públicos, en sentido amplio⁷.

2. Principios de carácter legal (TREBEP) o de naturaleza procedimental. Nos referimos a los principios recogidos en el apartado 2.º del artículo 55 que, como se puede apreciar, se centran más en las garantías de los sistemas selectivos y en la composición y actuación de los órganos de selección. Nosotros consideramos acertada esa diferenciación, por cuanto estos se configuran como instrumentos necesarios para poder garantizar el acceso al empleo público en condiciones de igualdad y respeto a los principios de mérito y capacidad. Destacando al respecto, en especial, la incorporación del principio de transparencia, que como veremos posteriormente, está desempeñando un papel esencial en la mejora de los procedimientos selectivos. Si bien, no podemos evitar una obligada crítica al otorgamiento de la condición de «principio» a lo que es una simple técnica jurídico administrativa, en concreto, nos referimos a la «discrecionalidad técnica»⁸, cuestión esta que resulta de necesaria revisión.

Así, con relación a la situación anterior esto ha supuesto un claro avance en las exigencias legales de objetividad y profesionalidad en los procesos de selección.

b) La exclusión de representantes políticos y formalmente de organizaciones sindicales de los órganos de selección, aunque este último sector sigue interviniendo en los procedimientos, utilizando instrumentos en claro *fraude legis*, y tolerado por algunas autoridades y gestores públicos.

c) Ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de los principios de aplicación a la selección previstos en el artículo 55.2 del TREBEP al ámbito del sector público, conforme establece la disposición adicional primera del TREBEP, si bien, esta cuestión fue objeto de un inicial rechazo por la Jurisdicción Social, aunque parece que el sentido común y la lógica aplicativa de las citadas previsiones legales ha vuelto recientemente al respecto⁹.

d) El artículo 61.2 párrafo segundo contiene una de las previsiones más desaprovechadas e ignoradas desde la aprobación del EBEP, que podían haber sido una clave esencial para la renovación de los procesos selectivos, por cuanto las mismas permiten una renovación integral de las obsoletas pruebas selectivas ancladas en un modelo decimonónico, que actualmente suponen una grave rémora para una innovación de los servicios públicos. Y no debe confundirse procedimiento de selección (oposición o concurso-oposición), con las pruebas a desarrollar en los mismos. Y ello, con independencia de que también resulte esencial desterrar de las fases de los concursos, la valoración del tiempo de servicios prestados, ya que, a mi juicio, la antigüedad nunca puede ser un mérito para acceder al empleo público, ni tan siquiera como complemento de otros, cuestión diferente es la valoración del desempeño del trabajo y su duración, tanto en el sector público como en el privado.

2.2. Ausencias e incoherencias en el TREBEP

El examen de lo ocurrido en estos 13 años desde la aprobación del EBEP nos confirma que mis críticas vertidas en anteriores trabajos¹⁰ se han visto confirmadas, por ello, estimo necesario realizar un examen de las ausencias e incoherencias detectadas en la regulación normativa del actual TREBEP sobre el desarrollo de los procesos selectivos, en concreto:

2.2.1. La composición de los órganos de selección (artículo 60 TREBEP): una regulación inacabada

a) A este respecto debemos comenzar por una cuestión de incoherencia en la regulación prevista en el artículo 60.2 del TREBEP, nos referimos a la ausencia de referencia alguna a la prohibición de participación

⁷ FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2000), *Constitución y Empleo Público*, Comares, Granada, págs. 84 y ss., y también 201 y ss.

⁸ FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2018c), *op. cit.*, pág. 64.

⁹ FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2019a), "La patente de curso otorgada por la jurisdicción social para la arbitraria contratación del personal de las sociedades públicas", *Actualidad Administrativa*, núm. 7-8, julio-agosto, 2019, y en *Diario La Ley*, núm. 9.450, Sección Temas de hoy, 5 de Julio de 2019, Wolters Kluwer; y también, (2019b), "El cuestionable amparo de la Jurisdicción Social y la arbitrariedad en el acceso al empleo en las sociedades públicas", *Revista Vasca de Gestión de personas y organizaciones públicas*, núm. 17. Aunque de forma reciente parece que el Tribunal Supremo, ha reflexionado sobre lo disparatado de sus primeros pronunciamientos, modificando su criterio al respecto, en concreto, nos referimos a las sentencias del Pleno de la sala de lo Social del Tribunal Supremo del 17 y 18 de junio de 2020, en unificación de doctrina.

¹⁰ FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2018c), *op. cit.*, págs. 47 y ss.

en los órganos selectivos del «personal laboral temporal». Efectivamente, recordemos que la finalidad del precepto, y así lo manifestó la propia Comisión redactora, era evitar cualquier clase de influencia o presión sobre los miembros de esta clase de órganos, pues bien, resulta incomprensible la ausencia de cualquier mención al personal laboral temporal, el cual tiene una situación de precariedad aún mayor que la de los funcionarios interinos. Esta cuestión ha generado múltiples incidentes en el proceso de composición de tribunales selectivos, si bien, parece que conforme nos han informado en encuentros con gestores de recursos humanos de diversas administraciones públicas, estos se han resuelto de forma razonable, es decir, aplicando el sentido común de los funcionarios responsables que no de las autoridades, realizando una interpretación extensiva de la finalidad del precepto, de manera que la conclusión era lógicamente su exclusión. Aunque, podemos indicar que aunque la literalidad del precepto es clara con relación a los funcionarios interinos, en algunos Ayuntamientos exigen a este personal formar parte de los tribunales e incluso su presidencia. Aún así, resulta claro, en mi opinión, que es urgente una revisión de esta previsión por parte del legislador, de manera que se eviten conflictos innecesarios en la gestión diaria y en especial, interpretaciones espurias.

b) Las presiones sindicales desarrolladas durante la tramitación parlamentaria del EBEP, como ya expuse en otro trabajo¹¹, provocaron que desapareciera la mención expresa a la exclusión de las organizaciones sindicales que si estaba prevista en el proyecto de Ley. Pues bien, esto ha supuesto un conflicto permanente entre administraciones y estas organizaciones, resuelta desgraciadamente en gran parte de los casos mediante una solución torticera e hipócrita, en concreto, la consulta «informal» a estas organizaciones de las personas que obtendrían su «plácet» para formar parte de los órganos de selección, tras lo cual la administración nombra formalmente a las mismas, eso sí, no en representación de estas organizaciones sino como consecuencia de su profundo «proceso de valoración interno» que le lleva a concluir que estas personas son las más idóneas técnicamente e independientes para formar parte de los tribunales de selección.

Pero es más, también se han producido otras «invenciones» curiosas a este respecto, la verdad es que la lucha por seguir manteniendo el clientelismo sindical es atroz, y así, en otro trabajo recogía algunas de ellas tras un examen exhaustivo de convocatorias entre los años 2007 y 2010¹², en concreto, representante sindical como observador con voz pero sin voto, representante sindical para el control de legalidad y similares; y esto no termina aquí, pues también los representantes políticos han logrado incorporarse de forma indirecta y fraudulenta a los procesos mediante la designación de observadores para la legalidad (repartiendo el número de observadores en función de la representatividad política)¹³. Desde luego, con estos ejemplos es imposible afirmar que estemos en presencia de órganos de selección profesionales e independientes, al contrario, seguimos sometidos al clientelismo político y sindical, pues como consecuencia de esos «acuerdos informales», los sindicatos también aceptan sin rechistar la incorporación de personas «afines» al órgano político que convoca el proceso selectivo, y esto es el día a día en nuestras administraciones, y en especial en las entidades locales.

c) Otra cuestión no resuelta por las previsiones del TREBEP, es la referida a la participación de los representantes de las Comunidades Autónomas en los órganos de selección de las entidades locales, y a este respecto, ya manifesté en otro trabajo mi opinión claramente contraria a su participación por exigencia de las previsiones del artículo 60.2 del TREBEP, y así se ha reconocido en algunas Comunidades Autónomas, pero por contra su aplicación no es generalizada, de manera que en Comunidades Autónomas tan importantes como Euskadi y Catalunya, estas siguen designando por medio de sus Escuelas de Formación (IVAP y EAPC) sus representantes. Estimo que nos encontramos ante una previsión normativa que debe ser objeto de una nueva reflexión, pues su actual redacción nos lleva a la conclusión de la exclusión de estos representantes, pero por contra un sentido lógico de aseguramiento de un funcionamiento objetivo y profesional de estos órganos nos lleva a considerar también la necesidad de su participación, pero el problema es que las actuales previsiones normativas son una fuente de conflicto, lo cual exige su revisión.

d) Una insuficiencia destacada en las previsiones del artículo 60.1 del TREBEP, es la ausencia de una regulación que incorporara una obligación expresa, declaración a mi juicio obligada, de que «todos» los miembros que compongan estos órganos deberán cumplir la obligación legal de «profesionalidad e imparcialidad», resultando destacable que tras pasados 13 años no se ha procedido a una actualización de las previsiones tanto del artículo 11 del Real Decreto 364/1995 (RGI) como del artículo 4 del Real Decreto 896/1991, para el ámbito local, y no digamos ya en las comunidades autónomas, donde tampoco se ha movido ningún cambio normativo al respecto.

¹¹ FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2018b), *op. cit.*, págs. 134 y ss.

¹² FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2012), *Manual para la selección de Empleados Públicos* (1.ª edición), Wolters kluwer. El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, págs. 184 y ss.

¹³ FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2012), *op. cit.*, págs. 184 y ss.

Así, con relación a la exigencia de «profesionalidad», ésta debe ser entendida como la posesión por parte de los miembros de los tribunales de la adecuada y suficiente formación sobre las materias que son objeto de examen en el proceso selectivo y, como ha señalado algún autor¹⁴, también una formación específica como técnico seleccionador o expertos en técnicas de selección, es decir, estamos en presencia del principio de especialización, elemento esencial de una adecuada selección, por cuanto no hay que olvidar que la actuación de estos se caracteriza por estar dentro de la esfera de la denominada «discrecionalidad técnica», que supone que las decisiones valorativas adoptadas no pueden ser objeto, en principio, de revisión jurisdiccional, y por ello, debe exigirse en contraprestación lógica la adecuada acreditación de la especialización de los miembros del tribunal, aunque esta «patente de curso» legalizada en nuestros procesos selectivos e igualmente en los concursos de provisión de puestos de trabajo parece tener afortunadamente las horas contadas como examinaremos posteriormente.

Esta cuestión, ya ha sido objeto de consideración por parte de nuestros tribunales, así, debemos destacar como la profesionalidad, la cual debe ser reconducida al principio de especialidad como parte del mismo, ha sido reconocida como elemento esencial en la configuración de los órganos de selección, y en este sentido ya se pronunció el Tribunal Constitucional en su sentencia 215/91 que señala al respecto: «...las áreas de conocimiento a efectos de la designación de los miembros de las Comisiones encargadas de resolver los concursos sean homogéneas respecto de las plazas objeto de concurso».

También, debemos reseñar entre otras la sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo contencioso administrativo) de 13 de junio de 1989, y en especial, la sentencia de 5 de marzo de 2007 (rec. n.º 508/2002), que considera que la especialización del Tribunal calificador impone que la mayoría de los miembros cuenten con la titulación afín a la plaza convocada y que además su actuación y presencia se mantenga en todas las pruebas, pero lógicamente, en todos estos pronunciamientos destaca el concepto «mayoría», que en estos momentos consideramos superado por las previsiones del TREBEP.

e) Finalmente, debemos referirnos a las previsiones de la Disposición adicional primera del TREBEP, que en general debe merecer un apoyo y reconocimiento pero que estimo se ha quedado a medio camino, y ello, por cuanto no ha incluido entre los preceptos de obligado cumplimiento por las entidades del sector público las previsiones del artículo 60 del TREBEP. Efectivamente, si queremos que los principios de igualdad, mérito y capacidad, proyección del principio básico de objetividad, informen toda la actividad administrativa, no se puede dejar de lado la composición de los órganos de selección y sus límites, de manera que en este amplio abanico de entidades constituidas dentro del proceso denominado «huida del derecho administrativo» pueden configurar sus órganos de selección, de manera unipersonal (p. ej. director nombrado por designación política), con participación sin límites de las organizaciones sindicales, sin paridad de género y sin control alguno al respecto. Realmente esta es una brecha gravísima en el sistema de acceso al empleo público, pues, aunque estas entidades del sector público no reúnen las características esenciales y clásicas para ser calificadas como administraciones públicas en el sentido estricto, no por ello, pueden quedar fuera del marco general de los principios constitucionales aplicables a la selección de empleados públicos, en sentido amplio.

2.2.2. El Acceso del personal laboral: un sistema demasiado flexible y con un claro riesgo de interferencias

Debo comenzar señalando que el examen de las previsiones del artículo 61. 6 y 7 del TREBEP, marca claramente la existencia de una diferencia sustancial en la determinación de los sistemas de selección a utilizar por las administraciones según el tipo de relación jurídica (funcionarial o laboral), así, nos encontramos, que para la selección de los funcionarios de carrera la utilización del sistema de «concurso», tiene un carácter excepcional y exige expresamente que el mismo se encuentre autorizado por una norma con rango de Ley, como ya he indicado en otros trabajos¹⁵, esta previsión me parece no solo correcta sino necesaria, dada la naturaleza y funcionalidad de este sistema de selección, pues este supone la declaración del derecho de uno o varios concursantes sobre otros, para obtener la adjudicación de una plaza que permite el acceso al empleo público, como consecuencia de haber obtenido una mayor calificación tras la correspondiente comprobación y valoración de los méritos aportados, previa convocatoria en la cual se determinan

¹⁴ GORRITI BONTIGUI, M. y TOÑA GÜENAGA, F. (2005), «El nuevo modelo de Organización y Recursos Humanos de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco», *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 41, págs. 266 y 267.

¹⁵ FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2008), *La selección y pérdida de la condición de empleado público*, Atelier, Barcelona, pág. 159 y ss., y también, (2018b), *op. cit.*, págs. 426 y ss.

de forma previa cuáles son los méritos concretos que pueden ser sometidos a examen, entre estos pueden encontrarse servicios prestados, trabajos, experiencia, publicaciones, cursos realizados o impartidos, etc., lo que queda excluido de este sistema es la realización de cualquier clase de prueba teórico-práctica. De lo expuesto, se puede afirmar que este sistema mantiene la nota de la competitividad entre candidatos y preferencia por la puntuación total obtenida, si bien, esta clasificación responde a la mera evaluación de los méritos acreditados por los concursantes.

Ahora bien, este sistema presenta una clara posibilidad de vulnerabilidad, con relación al cumplimiento de los requisitos de igualdad, mérito, capacidad y objetividad, ya que ha sido habitual el hecho de que las administraciones hayan recurrido a este sistema para perseguir finalidades muy diferentes de las que legalmente son exigibles, por medio del establecimiento de méritos que responden no a las necesidades reales de las plazas convocadas, sino a perfiles previos de candidatos, en unas ocasiones porque estos han estado previamente desempeñando esos puestos de forma temporal, o bien, por ser unos candidatos conocidos del órgano político responsable de realizar la convocatoria correspondiente.

Pues bien, conforme determina el artículo 61.7 TREBEP, para el personal laboral no existe impedimento alguno para que las administraciones de forma discrecional decida utilizar el sistema de selección del «curso», y esto supone una clara discriminación sin justificación alguna, ni operativa ni jurídica, al contrario, dada la naturaleza de este sistema y los riesgos que conlleva el mismo, a mi juicio, estamos en presencia de un «flexibilización» en los procedimientos de acceso al empleo público para el personal laboral, que responde claramente a las exigencias de clientelismo político y sindical, ya que, indudablemente, es mucho más fácil la instrumentalización espuria de este sistema que el de oposición, de manera que el acceso del personal laboral sigue siendo una puerta trasera y de menor exigencia profesional que la establecida para los funcionarios, y estimo que la alegación de que el acceso de los funcionarios conlleva el reconocimiento del derecho a la inamovilidad, no puede superponerse a los principios del artículo 103.3, de igualdad, mérito y capacidad, y menos aún a las previsiones del artículo 23.2 CE., que como ya he indicado en otros trabajos¹⁶ también resulta de aplicación al personal laboral. Por lo tanto, debo manifestar mi crítica a esta previsión del TREBEP, ya que como he indicado no existe razón ni legal ni organizativa que justifique esta clase de decisión legislativa, y, por otro lado, reiterar mi preocupación por la continuidad de la posición del legislador a favor de la incorporación de personal laboral con un relajamiento de las garantías que deberían amparar a los ciudadanos que pretendan acceder al empleo público, seguimos como los mismos males y vicios.

Pero el tema no finaliza aquí, sino que además el citado artículo 61.7 TREBEP, incorpora una previsión muy preocupante, en concreto: «Las Administraciones Públicas podrán negociar las formas de colaboración que en el marco de los convenios colectivos fijen la actuación de las organizaciones sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos», de manera, que si ya está resultando difícil la aplicación de las previsiones del artículo 60.2 TREBEP sobre la composición de los órganos de selección, la incorporación de una previsión de esta naturaleza tan sumamente imprecisa y ambigua, aunque a este respecto ya he aportado mi interpretación restrictiva en otro trabajo¹⁷, solo puede contribuir a abrir una puerta a la «interferencia sindical» en los procesos selectivos, con lo cual, nos encontramos con una clara conclusión, no hay duda de que estamos en presencia de una clara flexibilización y legalización de las interferencias en los procesos selectivos de personal laboral.

2.2.3. Una puerta trasera de acceso inconstitucional: Disposición Transitoria 4.ª TREBEP

Tras un largo y muy discutido camino, al que me he referido en otro trabajo¹⁸ sobre los procesos de consolidación del empleo público temporal (contratos administrativos, funcionarios interinos y laborales temporales), consideraba que la lógica del orden normativo constitucional, la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el sentido común nos inducían a considerarlos terminados, pero nos encontramos que el legislador, sin explicación alguna, reabre de nuevo un nuevo procedimiento «restringido» de «facto» para la consolidación de las nuevas contrataciones temporales realizadas con posterioridad a los ya referidos procedimientos de consolidación, siendo además el nacimiento de esas relaciones, en muchos casos, claramente irregular sino ilegal¹⁹.

¹⁶ FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2008), *op. cit.*, págs. 105 y ss., y también (2018b), *op. cit.*, págs. 39 y ss.

¹⁷ FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2018b), *op. cit.*, págs. 623 y ss.

¹⁸ FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2008), *op. cit.*, págs. 205 y ss.

¹⁹ Esta calificación y conclusión, no es solo propia, sino que también proviene del contenido de los informes tanto del Consejo Económico y Social (CES), en su Informe 3/2004, de 22 de diciembre, sobre *La Temporalidad en el Empleo Público*, y también el Informe del Defensor del Pueblo (2003), sobre *Funcionarios Interinos y Personal Eventual: la provisionalidad y temporalidad en el empleo público*.

Lo anterior, resulta más sorprendente cuándo la Comisión de expertos²⁰, en su Informe manifestó expresamente que: «...debe reducirse la temporalidad en el empleo público y consolidarse en mayor medida el empleo estable, una cosa es la “consolidación de los empleos” y otra muy distinta la subjetiva o particular de aquellos empleados que se han integrado en la administración por procedimientos excepcionales y escasamente competitivos, gozando de una situación de privilegio frente a otros posibles interesados», no podemos adoptar otra decisión más que adherirnos a esta opinión, y por ello, rechazar las previsiones de esta disposición transitoria cuarta del TREBEP, tanto por razones de lógica defensa de las exigencias constitucionales en el acceso al empleo público (23.2 y 103.3 CE.), como de la dudosa legalidad de la misma, conforme expongo en otros trabajos²¹.

2.3. Algunas propuestas para una selección más profesional y objetiva

2.3.1. *El imprescindible desarrollo normativo en el TREBEP de la implementación del Principio de Transparencia*

Este principio se ha configurado como unos de los ejes fundamentales que deben informar todas las actuaciones de las administraciones públicas, con un reconocimiento legal tanto en el ámbito europeo como en la legislación nacional. En el ámbito de la selección de empleados públicos (extensible también a la provisión de puestos de trabajo), reconocido legalmente en el artículo 55.2 b) del TREBEP, este principio, está destinado a desempeñar un papel esencial en este ámbito, de manera que se puede constituir en la clave de bóveda para el control de los procesos selectivos.

Efectivamente, como ya he indicado anteriormente la violación de este principio de transparencia conlleva, a mi juicio, una posible violación de derechos fundamentales, en concreto, las previsiones del artículo 24 CE., y en especial las previsiones del artículo 23.2 CE., pues la infracción de los mandatos que se deducen del principio de transparencia suponen una limitación del derecho constitucional para el acceso al empleo público en condiciones de igualdad, infracción que puede ser alegada en cualquier recurso tanto administrativo como jurisdiccional.

Si queremos cumplir las exigencias del orden axiológico constitucional sobre el empleo público, resulta imprescindible asumir que debe incorporarse toda una serie de controles y exigencias procedimentales en las actuaciones administrativas que garanticen que la selección de los empleados públicos se realice con pleno respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y por ello, proponemos las siguientes medidas de *lege ferenda*, en concreto:

a) La necesidad de una modificación urgente del vigente marco normativo regulador de los procesos selectivos, donde se detalle y regule de forma expresa y precisa el régimen de funcionamiento de los órganos de selección, en el cual se determine, especialmente la obligación de publicar los criterios de valoración, materiales y fuentes de información con las cuales va a operar el juicio técnico del órgano de selección, el procedimiento de acreditación de la motivación de las valoraciones de las pruebas y finalmente un régimen jurídico común y básico de «reclamaciones» ante los órganos de selección, pues en estos momentos como ya he expuesto en otro trabajo, esta posibilidad se encuentra limitada a las previsiones de las bases de convocatoria, y una regulación normativa al respecto podría evitar muchos conflictos administrativos y jurisdiccionales pues la misma podría suponer la posibilidad de habilitar un régimen específico previo a la vía ordinaria de recursos que solventaría la prolongación de conflictos en muchos casos innecesarios si existiera una auténtica transparencia.

Finalmente, resultaría adecuado que se regulara normativamente algo que por sí mismo no debería resultar necesario, pero a este respecto nos remitimos a los ejemplos jurisdiccionales referidos anteriormente, en concreto, el reconocimiento expreso (manual de instrucciones) de la obligación de los órganos de selección y de las administraciones públicas de facilitar el acceso a las actuaciones administrativas, pruebas o ejercicios tanto propios como ajenos y al expediente administrativo sin límites, salvo de los derivados de las exigencias legales en materia de protección de datos personales.

b) En segundo lugar, como consecuencia de todo lo expuesto y de la configuración legal del principio de transparencia estimo que podría resultar adecuado la aprobación de un «Reglamento básico regulador de la conducta ética de los órganos de selección», y ello, por cuanto como ya he señalado en anteriores apartados, la realidad es que la independencia de los miembros de estos órganos resulta en muchos casos muy cues-

²⁰ Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, INAP, Madrid, 2005, págs. 84 y ss., elaborado por encargo del MAP.

²¹ FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2018b), *op. cit.*, págs. 623 y ss.

tionable, a título de ejemplo, nombramientos de «facto» por criterios sindicales o políticos o incluso un fenómeno no menos importante como son las conexiones de los preparadores de oposiciones con miembros de los órganos de selección que forman parte de su misma administración a cuyos procedimientos de selección concurren los opositores que han preparado (sic), lo que provoca situaciones de difícil ubicación en un código ético. Lógicamente, este código no debería limitarse a unas declaraciones generales de buenas intenciones, sino que debería regular especialmente una serie de obligaciones, compromisos y garantías expresas a cumplir por los miembros de los órganos de selección en su actuación, a lo que se debería añadir un régimen jurídico sancionador en el caso de su incumplimiento, pues a mi juicio, las declaraciones generales de intenciones sin el correspondiente establecimiento de consecuencias a su incumplimiento terminan convirtiéndose en papel mojado. En cuanto al posible carácter básico del reglamento propuesto entendemos que no existe inconveniente alguno, ya que estamos en presencia de un ámbito competencial material que gira sobre las figuras de la «abstención y recusación», las cuales se encuentran reguladas también con carácter básico en la Ley 40/2015 LRJSP, en sus artículos 23 y 24, por ello, estaríamos en presencia únicamente de una concreción normativa de un estatuto básico de los miembros de los órganos de selección, con una funcionalidad esencial por su directa conexión con el ejercicio de derechos fundamentales (artículos 14 y 23.2 CE).

2.3.2. Reducción de la discrecionalidad técnica: el control sobre el contenido de la motivación de los órganos de selección

En este punto debemos reiterar lo ya manifestado anteriormente, de que no estamos ante un principio jurídico, sino ante una simple técnica jurídica, que debe ser objeto de una necesaria revisión y delimitación sobre su alcance y que debe conectarse con el principio de especialización, el cual se encuentra incumplido de forma generalizada y mayoritaria en los procedimientos selectivos, basta con un simple examen, a este respecto. Así, la cuestión clave a este respecto debe centrarse en el establecimiento de un marco normativo que delimite y fije los criterios que deben adoptar los órganos de selección para la motivación de sus decisiones, ya que, precisamente, esa «motivación», en principio protegida por la discrecionalidad técnica, será la que posteriormente podrá ser objeto de revisión e incluso anulación. De todas formas, sobre temas conexos con esta cuestión volveremos posteriormente.

2.3.3. Propuesta de una necesaria especialización de los órganos de selección según el tipo de ejercicios o pruebas a valorar

Efectivamente, tal como ya he indicado en un apartado anterior, las previsiones del artículo 60.1 y en relación con el artículo 55.2 del TREBEP, exigen que «todos» los miembros de los órganos de selección acrediten que cuentan con formación específica (profesionalidad) en las materias objeto de las pruebas, por ello, a mi juicio, debe ser objeto de reflexión y de un adecuado desarrollo normativo la posibilidad de establecer una composición especializada y específica de los Tribunales pero por ejercicios o tipos de pruebas a desarrollar. Es decir, no parece razonable ni tampoco cumplir la exigencia de especialidad, el hecho de constituir un Tribunal, pongamos por caso para reclutar Arquitectos, que este compuesto en exclusiva por Arquitectos e Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, con lo cual, en principio, se daría perfecto cumplimiento al principio de especialidad, pero no se cumpliría en relación a un ejercicio (actualmente obligado en cualquier proceso selectivo), donde se exija un temario jurídico previo (Constitución, Estatutos de Autonomía, etc.), o lo mismo en sentido inverso, de forma que como puede quedar exento de control y considerarse que respeta el principio de «profesionalidad» que un licenciado en derecho valore un ejercicio práctico de un Ingeniero o Arquitecto, con lo cual entendemos que para evitar esta contradicción en la configuración de Tribunales y dar una adecuada respuesta al principio de especialidad, podría incorporarse unos Tribunales, de doble área o fase que respetaran en su composición realmente el principio de especialidad exigible a cada tipo de ejercicio.

2.3.4. Propuesta de revisión de los tipos de pruebas utilizados en los procedimientos de selección

El Estatuto Básico abre un amplio abanico de muy interesantes posibilidades en los apartados 2.º y 5.º del artículo 61, largamente demandado por la doctrina administrativista y la propia Comisión de estudio del proyecto de EBEP, pero esas posibilidades de innovación han sido objeto de un manifiesto «olvido» por parte de los gestores públicos y en especial, de los representantes de los intereses clientelares, pues la innova-

ción suele ir reñida con los intereses espurios, de forma que como ya hemos expuesto en otros trabajos, es absolutamente necesaria una auténtica innovación completa y real, que no se encuentra en el ficticio debate sobre las herramientas o medios tecnológicos que se puede utilizar en el desarrollo de las pruebas selectivas, sino que este está en la necesaria reforma integral de los ejercicios o pruebas exigidas en estos procesos, pues las actuales resultan claramente inadecuadas y obsoletas, es decir, reclutamos empleados públicos para que presten sus servicios en el siglo XXI, con pruebas selectivas diseñadas en el siglo XIX, a esta situación para nada ayuda interpretaciones literalistas y ancladas en esos modelos obsoletos, como la recientemente formulada por el Tribunal Supremo (sala de lo contencioso administrativo), de 5 de noviembre de 2020 (rec. n.º 5229/2018), que merece una crítica específica, pero que dados los límites de extensión de este trabajo no podemos realizar. Además, una profunda reforma de las pruebas supondría que resultará más fácil y simple el uso de medios electrónicos en los procesos selectivos sin que para su implementación resulte necesario forzar o infringir el marco legal vigente, a este respecto nos remitimos a un trabajo anterior²², como se está produciendo en estos momentos en algunas administraciones.

Finalmente, debo señalar que una posible incorporación a la práctica de nuestras administraciones de estos nuevos tipos de pruebas y ejercicios supone la adopción de algunas medidas imprescindibles, aunque probablemente una decisión en ese sentido puede generar bastante reticencia en las mismas, vistos los usos desarrollados hasta este momento, así proponemos las siguientes:

- a) Para una correcta implementación de unos nuevos tipos de pruebas y ejercicios, resulta necesario la creación de órganos especializados en técnicas de selección, con un carácter absolutamente técnico, profesionalizado e independiente.
- b) Estos órganos de selección deberían tener carácter permanente, y no tener una duración limitada temporalmente *ad hoc*.
- c) Asimismo, deberían elaborarse protocolos formalizados de las técnicas de selección y criterios de evaluación a utilizar, con los correspondientes perfiles. Estos instrumentos deberían ser de uso común por todos los órganos técnicos de selección.
- d) También debería revisarse la figura de los «cursos selectivos» posteriores a los procesos de selección, en mi opinión, su función puede resultar esencial especialmente en los grupos A1 y A2, para complementar adecuadamente los resultados obtenidos en las pruebas, y dotarles realmente de una función selectiva y no de un mero complemento del proceso selectivo previo.
- e) Quizás el mayor inconveniente puede ser un aparente aumento de los costos económicos de estos procesos, ahora bien, si se aplicaran las previsiones del artículo 61.4 TREBEP y se centralizara la celebración de los mismos, las economías de escala producidas abaratarían sin duda los costes, y además sería también adecuado realizar un estudio sobre el grado de mejora en los resultados de la selección, lo que se proyectaría directamente en la mejora de funcionamiento de los servicios públicos, es decir, en la mejora de la eficacia y eficiencia, lo que conlleva una reducción de costes de funcionamiento, que debería formar parte del estudio, pues lo que puede resultar un poco más caro durante la selección, se puede amortizar sobradamente durante la carrera administrativa del empleado público adecuadamente seleccionado.

2.3.5. La necesidad de desarrollo de los órganos especializados y permanentes de selección: Una cuestión especialmente pendiente en las administraciones locales

Es preciso destacar que el artículo 61.4 del TREBEP incorpora una previsión, que, a mi juicio, resulta totalmente acertada y más a la vista de las conclusiones formuladas en el apartado anterior, es cierto que esta regulación no resulta totalmente novedosa ya que existen antecedentes a este respecto en nuestras administraciones, si bien, su uso no ha tenido toda la intensidad que hubiera sido deseable, nos referimos, en concreto, a las Escuelas o Instituciones Autonómicas²³ y en el propio INAP, por otro lado, nos encontramos con otro antecedente, que no es otro que las «Comisiones Permanentes de Selección»²⁴, destacar a este

²² FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2020), "La Administración electrónica y la celebración de ejercicios en los procesos selectivos: una necesaria innovación, pero con algunas dificultades legales para su implementación", *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 9, Sección Rincón local, septiembre 2020, pág. 114, Wolters Kluwer.

²³ Es el caso a título de mero ejemplo de la C. A. de Cantabria y el CEARC, C. A. Galicia y el EGAP, C. A. del País Vasco y el IVAP, entre otras.

²⁴ Este órgano se encuentra regulado actualmente por la Orden del MAP de 3 de octubre de 2001.

respecto que la composición actual de las mismas deberá sufrir una modificación como consecuencia de las previsiones del artículo 60 del TREBEP.

De todas formas entiendo que esta regulación ofrece una nueva oportunidad al conjunto de las administraciones públicas, para una correcta aplicación de las previsiones de los artículos 55 y 60 del TREBEP con relación a la selección de los empleados públicos, y en especial para las corporaciones locales de pequeño y mediano tamaño que son las mayoritarias en nuestro país, así, a través de convenios administrativos podrían estas encomendar la selección de su personal a estos Institutos o Escuelas siempre que estas hayan desarrollado adecuadamente su funcionamiento y medios materiales a las exigencias de unos adecuados procesos selectivos, esta actuación podría suponer que se alcanzase:

- a) Un aumento de las garantías para conseguir el respeto adecuado a los principios de imparcialidad y profesionalidad (especialidad), ya que es difícil que en este tipo de municipios existan medios personales y especialmente cualificados por su propio tamaño, para poder configurar unos procesos y órganos selectivos que puedan cumplir adecuadamente los requisitos establecidos por el TREBEP.
- b) Sería recomendable que la selección en las administraciones locales quedará centralizada, bien por medio de órganos dependientes de las Diputaciones Provinciales, lo que podría exigir un cambio normativo en una interpretación restrictiva, aunque si tomamos en consideración el cambio normativo incorporado en el artículo 36.2. c) de la LRBRL, modificado por la Ley 27/2013 LRSAL, a mi juicio no existe inconveniente alguno para que estas entidades locales asumieran la constitución y celebración de procesos selectivos de las entidades locales de forma centralizada mediante el correspondiente convenio administrativo, o bien, de las Escuelas de Función Pública Autonómicas. Esta posibilidad entendemos que resultaría muy discutida por las clásicas reticencias de los órganos políticos municipales ámbitos materiales de competencias.
- c) Por otro lado, también podría resultar adecuado la creación de un Agencia o institución independiente común para todas las administraciones públicas, cuya función sería la selección de forma profesionalizada, al configurarse estas como instrumentos independientes y especializados en esta materia.
- d) Asimismo, esta cesión podría suponer una mejora manifiesta de la eficacia y eficiencia económica en la gestión de los procesos selectivos, ya que en caso de ser asumidos directamente por las corporaciones locales puede suponer una carga tanto en gestión administrativa ordinaria como a los presupuestos municipales difícil de asumir.

2.3.6. Una exigencia del Principio de igualdad y el Estado social: Las ayudas económicas para la preparación de los procesos selectivos

Por último, estimo necesario realizar una reflexión sobre una cuestión esencial bajo las consecuencias de un Estado Social y su orden axiológico aplicable al respecto, conectado este al desarrollo efectivo del principio de igualdad, que se concreta en las previsiones del artículo 23.2 de la Constitución Española, es decir, la existencia de una verdadera igualdad efectiva, que permita que cualquier ciudadano aunque no cuente con los medios económicos suficientes pueda acceder a una preparación adecuada para su concurrencia a un proceso selectivo. Una nota que se aprecia en gran parte de los tradicionales cuerpos de las administraciones es una característica endogamia, que proviene claramente de esa diferencia de medios económicos que no permite concurrir en igualdad de condiciones de preparación y capacidades intelectuales a los procesos selectivos, por ello, estimo necesario la creación de unas políticas públicas de ayudas a aquellos ciudadanos que acredita objetivamente sus capacidades, no cuenten con el necesario soporte económico para preparar adecuadamente esta clase de procedimientos.

2.4. Un breve examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo tras la aprobación del EBEP: Reducción de la discrecionalidad técnica y la incorporación del principio de transparencia.

2.4.1. Reducción de la discrecionalidad técnica: el control sobre el contenido de la motivación de los órganos de selección

Estamos en presencia de uno de los grandes avances que se han producido en la evolución de nuestra jurisprudencia, tras la aprobación del EBEP, pues el control se extiende a uno de los núcleos esenciales en la actividad de los órganos de selección, de manera que además de exigir a estos la incorporación de su motivación, este juicio técnico debe ajustarse a unas exigencias de formalización, coherencia y solvencia,

en este sentido resulta esencial la sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo contencioso administrativo, de 18 de Noviembre de 2011, rec. 1920/2010, que señala: «La fase final de la evolución jurisprudencial la constituye la definición de cuál debe ser el contenido de la motivación para que, cuando sea exigible, pueda ser considerada válidamente realizada.

Y a este respecto se ha declarado que ese contenido debe cumplir al menos estas principales exigencias: (a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás.

Son exponente de este último criterio jurisprudencial los recientes pronunciamientos de este Tribunal Supremo sobre nombramientos de altos cargos jurisdiccionales (STS de 27 de noviembre de 2007, recurso 407/2006), sobre concursos de personal docente universitario (STS de 19 de mayo de 2008, recurso 4049/2004) y sobre convocatorias del Consejo General del Poder Judicial para puestos en sus órganos técnicos (STS de 10 de octubre de 2007, recurso 337/2004)».

Además, el Tribunal Supremo también reconoce el derecho de los opositores a conocer la motivación de las calificaciones, debiendo indicarse el material y fuentes de información con las que va a operar el juicio técnico del órgano de selección. Así, los reiterados pronunciamientos del Tribunal Supremo, sala de lo contencioso administrativo,²⁵ suponen una reconducción o limitación del alcance de la técnica de la discrecionalidad técnica, que no principio como incorrectamente es calificada por el artículo 55.2.d) del TREBEP, buscando alcanzar un mayor grado de garantías y por ello, ahora se impone que tales criterios de valoración o atribución de puntuación se fijen «antes» de la realización del ejercicio y además «se informe» a los aspirantes (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2014 (rec. 3093/2013).

2.4.2. La acreditación en vía de recurso administrativo y en el procedimiento judicial del desacierto de la actuación del órgano de selección mediante la práctica de una prueba pericial.

Estamos ante una cuestión que durante mucho tiempo ha sido considerada «zona vedada a los tribunales», aunque es cierto que la sentencia del Tribunal Constitucional 86/2004, supuso el primer antecedente a este respecto²⁶. Pues bien, el Tribunal Supremo²⁷ ha procedido a la admisión de la utilización de la prueba pericial, y así considera que la presunción *iuris tantum* sobre la valoración de los órganos de selección, aunque esta se asiente sobre informes o juicios técnicos y valorativos, también puede desvirtuarse, de forma que como señala Chaves García²⁸, con cuyas conclusiones coincidimos, en estos momentos es posible desplazar y destruir la presunción de validez del juicio técnico pero bajo ciertas condiciones, que recoge la sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo contencioso administrativo de 15 de junio de 2016 (rec. n.º 2000/2015), a cuya lectura nos remitimos, aunque ciertamente queda camino por recorrer, pues el control se detiene en el error manifiesto, con o sin la ayuda de pericia que lo constate.

2.4.3. El Principio de Transparencia en los procesos selectivos: una exigencia ineludible.

Debo reiterar las consideraciones que formule en otro trabajo²⁹ con relación a este principio legalmente reconocido en el artículo 55.2 del TREBEP. A este respecto ya manifesté que era imprescindible la proyec-

²⁵ Sentencia de 29 de enero de 2014 y que repiten luego las de 12 de marzo, 4 de junio y 24 de septiembre del mismo año.

²⁶ Así, esta sentencia sostiene que la llamada discrecionalidad técnica no es sino una presunción *iuris tantum*, señalando: «ni el art. 24.1 ni el 23.2 CE, art. 23.2 art. 24.1 incorporan en su contenido un pretendido derecho de exclusión del control judicial de la llamada discrecionalidad técnica» (STC 138/2000, de 29 de mayo, FJ 4). Y es que «debe recordarse que, frente a la discrecionalidad técnica que ha de reconocerse a los órganos de selección en el marco de ese –prudente y razonable– arbitrio, nunca –excesivo– (STC 48/1998; FJ 7.a), las modulaciones que encuentra la plenitud de conocimiento jurisdiccional sólo se justifican en una «presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación». Una presunción *iuris tantum*, por cierto, de ahí que siempre quepa desvirtuarla –si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda justificación del criterio adoptado–, entre otros motivos por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega (STC 353/1993).

²⁷ Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso administrativo, de 14 de enero de 2010; 16 de mayo de 2012, rec. 1235/2011; 29 de enero de 2014; 14 de mayo de 2014, rec. 2075/2013 y la de 23 de febrero de 2016, rec.200/2015.

²⁸ CHAVES GARCÍA, J. R. (2017), *Vademécum de oposiciones y concursos*, Amarante, Salamanca, págs. 187 y ss. y en el mismo sentido LAGUNA DE PAZ, J. C. (2017), «El Control judicial de la discrecionalidad administrativa», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 186, págs. 94 y ss.

²⁹ FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2018b), *op. cit.*, págs. 51 y ss.

ción de este principio sobre la gestión del procedimiento selectivo en todas sus fases y en el funcionamiento de los órganos de selección, y que lo podíamos concretar en la obligación de que los criterios que se utilizan para la selección fueran claros y conocidos; que el proceso de designación de los miembros del órgano calificador fuera diáfano; que los actos de trámite, ya afecten directa o indirectamente al proceso, debían ser conocidos por los afectados; que todas las decisiones debían estar motivadas de forma adecuada y suficientemente y también añadí mi posición totalmente abierta y exigente de facilitar el acceso a los expedientes y pruebas, incluidas las de otros opositores. Como vamos a comprobar a continuación estas opiniones se han visto confirmadas de forma rotunda en los últimos años por la nueva línea jurisprudencia de reducción del alcance de la discrecionalidad técnica.

A la vista de lo expuesto no hay duda de que estamos en presencia de un nuevo eje esencial a tomar en consideración en el desarrollo y regulación normativa de los procesos de selección y, también en la provisión de puestos de trabajo como veremos posteriormente. De hecho, no tengo duda de que uno de los motores del cambio descrito en el apartado anterior referido a la nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre la discrecionalidad técnica, tiene su origen en la incorporación de este principio a nuestro ordenamiento jurídico, y en este sentido podemos destacar la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2016, rec. 1493/2015, que señala al respecto: «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 (CE) 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, tanto la necesidad de que toda actuación administrativa sea transparente en los hechos, criterios y razones que determinen sus decisiones, pues solo así es posible el control que demanda el derecho de tutela judicial efectiva; como también que esos criterios estén establecidos con anterioridad a su finalización cuando de procedimientos competitivos se trate, porque de esta manera es como queda conjurado con las debidas garantías el riesgo del favoritismo individual (contrario al principio de objetividad) que se produciría si los criterios de valoración de los aspirantes fuesen definidos una vez realizadas esas pruebas competitivas».

La traslación de este principio a los procedimientos selectivos se puede apreciar de forma más clara y precisa en dos ámbitos materiales:

- a) El Derecho a conocer la motivación de la calificación o valoración de las pruebas por los órganos de selección, (Sentencias del Tribunal Supremo, sala de lo contencioso administrativo, de 26 de junio de 2014, rec. 2399/2013, 10 de diciembre de 2014 (rec. 3754/2013), 13 de julio de 2016, rec. 2036/2014) y la de 22 de noviembre de 2016, rec. 4453/2015.
- b) El Derecho de acceso al expediente administrativo, documentación y actuaciones, (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2015 (rec. 2803/2014), también la STS de 18 de mayo de 2015 (rec.3589/2013).

3. UNA CARRERA ADMINISTRATIVA PROFESIONAL O POLITIZADA: LOS PROCEDIMIENTOS DE PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

Por mi experiencia personal, en el desarrollo diario de las tareas asignadas a los funcionarios públicos, lo más determinante es el desempeño de su concreto puesto de trabajo, de manera que el concepto de carrera administrativa, salvo por los efectos económicos de la consolidación de un grado personal, pasa a un segundo plano, resultando que lo esencial para los mismos es la provisión de puestos de trabajo pues el concreto puesto a desempeñar va a condicionar su quehacer diario y además tiene un efecto directo sobre sus retribuciones, recordemos la importancia que el complemento específico tiene a este respecto.

Por otro lado, es preciso tener en cuenta que tanto para la carrera administrativa como para la provisión de puestos de trabajo el TREBEP reconoce la aplicación directa de unos principios básicos aplicables a ambas instituciones (artículos 16.2 y 78.1), en concreto, los de igualdad, mérito y capacidad, residenciados a su vez en el artículo 23.2 (CE), a los que debemos añadir a mi juicio por su importancia en la configuración final de su régimen jurídico el de transparencia. El propio Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre su proyección a lo largo de toda la carrera funcional, pudiendo citar por todas la STC de 25 de Febrero de 2008, que señala: También hemos dicho que el art. 23.2 CE «actúa no sólo en el momento del acceso a la función pública, sino también durante la vigencia de la relación funcional y, por tanto, es aplicable a los actos relativos a la provisión de puestos de trabajo (SSTC 75/1983, 15/1988 y 47/1989)».

Asimismo, el TREBEP (artículos 16 y 17) configura la carrera administrativa en dos clases (vertical y horizontal), siendo la nota común de ambas su conexión a un concreto concepto retributivo (Grado o complemento de carrera respectivamente), si bien, el sistema de acceso a estos es diferente, en el caso de la carrera vertical es por medio de la provisión de un concreto puesto de trabajo y en la carrera horizontal es la valoración de su trayectoria profesional, calidad de su trabajo, conocimientos y evaluación de desempeño. Además, es preciso destacar que el desarrollo de la carrera horizontal sigue siendo una tarea pendiente en muchas de nuestras administraciones, es cierto que existen algunos casos pero no podemos hablar de generalidad³⁰. No vamos a negar la importancia de la carrera administrativa, pero a mi juicio, la clave para un funcionamiento profesional, es decir, objetivo, independiente y transparente es la incorporación al régimen jurídico funcional de un sistema de provisión de puestos de trabajo que respete el orden constitucional y sus principios (igualdad, mérito y capacidad), ya que además no se puede olvidar que con independencia del tipo de carrera administrativa a la cual se haya adherido el funcionario, lo que es invariable y común a ambos tipos es el derecho de acceder a un puesto de trabajo y por lo tanto, los procedimientos de acceso constituyen el eje fundamental de la vida administrativa de los funcionarios.

Dicho lo anterior, debo reiterar lo ya indicado en otros trabajos³¹, la vida profesional de los funcionarios desde el año 1984 pivota en torno al puesto de trabajo, y es aquí donde se han desarrollado grandes ejemplos de «imagería e ingeniería jurídica» para alcanzar un alto nivel de colonización y manipulación política de la carrera administrativa de los empleados públicos, para ello, se han incorporado dos figuras básicas y muy útiles para los fines espurios que han sido el fundamento de la corrupción política, en concreto, nos referimos a la libre designación, el concurso de méritos específico utilizado de manera fraudulenta (en la práctica una libre designación encubierta).

3.1. Examen de los «problemáticos» procedimientos de Provisión de Puestos de Trabajo

En este punto vamos a realizar un examen general de los principales problemas que presentan los dos procedimientos de provisión de uso más común y general, y asimismo indicaremos las propuestas alternativas o complementarias a este régimen jurídico.

3.1.1. Provisión de Puestos de Trabajo por Libre Designación

De acuerdo a lo ya expuesto en nuestras consideraciones previas, los procedimientos de provisión de puestos de trabajo en los niveles superiores y medios de responsabilidad en la gestión de nuestras administraciones han resultado perniciosos, nefastos y de lo más inadecuado para dar cumplimiento a las exigencias constitucionales (artículo 103 CE), en la consecución de una Administración al servicio de los ciudadanos, ya que, uno de los pivotes esenciales de toda organización para desarrollar las funciones legales y, especialmente, controlar el respeto al Estado de Derecho, son sus recursos humanos, y, es triste destacar como la aplicación de esta figura, es cada vez más habitual en muchas administraciones autonómicas y locales de forma generalizada convirtiéndola casi en el procedimiento «ordinario» para todos los puestos de jefaturas de negociado, sección, servicio y similares.

Así, podemos destacar varias Comunidades Autónomas donde el uso de Libre designación de forma indiscriminada y generalizada sigue siendo la nota característica, ante una posición de perfil del Tribunal Constitucional y de la oposición política (aunque claro suele resultar habitual que este sistema sea del agrado de todos los grupos políticos), y además, santificado mediante su imposición en las correspondientes leyes de Función Pública en casi todos los puestos de trabajo reservados a funcionarios de carrera con una mínima responsabilidad en materias tan esenciales como el asesoramiento jurídico, técnico y especialmente el del control económico y presupuestario, entre otros podemos destacar los ejemplos de las Comunidades

³⁰ En este sentido destaca la Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias (art. 49 bis y ss.) y el Decreto 37/2011, de 11 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la carrera horizontal de los funcionarios de la Administración del Principado de Asturias. También, rápidamente en el año la Comunidad Autónoma de Extremadura lo incorpora y así se mantiene en el artículo 105 de la Ley 13/2015, de la Función Pública Extremadura y ha sido objeto de aplicación desde hace años, en otras Comunidades Autónomas se ha reconocido, pero está pendiente de implementación como por ejemplo Comunidad Valenciana, Castilla-La Mancha, Galicia.

³¹ FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2007); "Provisión de puestos de trabajo y movilidad", en *Estatuto Básico del Empleado Público* (dir. ORTEGA ÁLVAREZ), Wolters Kluwer. La Ley. El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, y también (2015a), *op. cit.*, y (2015b), *op. cit.*

Autónomas de Extremadura, Castilla-La Mancha, Principado de Asturias, Generalitat Valenciana entre otras y que además ha recibido el beneplácito del Tribunal Constitucional en su reciente Auto de 18 de Octubre de 2016, el cual inadmite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Galicia contra la Ley de Función Pública de Galicia que establecía la utilización de la libre designación para todas las jefaturas de servicio, es decir, se convertía la excepción en regla, y el Tribunal Constitucional se ha limitado a declarar que la comunidad autónoma tiene competencia para legislar en materia de función pública, el pronunciamiento resulta como mínimo escuálido.

Dicho lo anterior, tenemos que formularnos una pregunta, ¿ha aportado alguna mejora a esta situación la regulación aprobada por este Estatuto Básico?. Pues bien, intentaré dar una respuesta a la misma. De entrada, como ya manifesté en otro trabajo³², creo que no ha mejorado en nada la anterior situación, ya que lo primero que se puede constatar es que su régimen jurídico es prácticamente idéntico a las previsiones de la derogada LMRFP, si bien, si puede apreciarse dos pequeñas modificaciones, pero cuya valoración es muy discutible.

Así, en primer lugar, nos encontramos con una modificación de los supuestos que habilitan la utilización de este procedimiento, por un lado, han desaparecido las menciones concretas a los puestos de trabajo de la AGE, lo cual es absolutamente lógico, dado que estamos en presencia de un Estatuto Básico y común al conjunto de las administraciones públicas. Y, por otro lado, se incorpora de forma expresa el concepto ya utilizado tanto por la Jurisprudencia como por la doctrina como hemos observado de la «confianza», de todas formas, la cuestión clave se encontrará en la aplicación realmente excepcional de esta figura y la interpretación que se quiera dar a estos conceptos jurídicos indeterminados, pues en función de ella, el ámbito de aplicación puede crecer de forma desmesurada. De todo esto podemos deducir que las cosas continúan de la misma manera que en el anterior marco normativo de la LMRFP, y no se aporta solución alguna a los problemas que detecto la Comisión de expertos, al contrario, dada la indefinición de los supuestos nos podemos encontrar con una auténtica inflación de puestos reservados al procedimiento de provisión de la libre designación.

La única novedad que, a nuestro juicio, resulta realmente interesante es la previsión del apartado tercero del artículo, que recoge una de las propuestas formuladas por la Comisión de expertos, si bien, como en otros contenidos de este Estatuto, se queda a medio camino, es un quiero y no puedo, ya que esa previsión no es de obligatoria aplicación, nos estamos refiriendo a la posibilidad de recabar la intervención de especialistas o expertos para que informen sobre la idoneidad de los candidatos concurrentes. Así, puedo afirmar que esta medida si supondría un enorme avance en la mejora de la eficacia y eficiencia de la administración pública al estar seleccionando a los más idóneos, lo que supone acercar la figura de la libre designación a los principios de mérito y capacidad, de los cuales como ya ha señalado Morell Ocaña³³, se encuentra muy lejos y demasiado cerca del clientelismo político. Lo realmente decepcionante es que cuándo se decide por parte del legislador incorporar medidas recomendadas por una comisión de expertos, la cual ha hecho previamente un diagnóstico, a mi juicio, totalmente acertado, al final se aprecia una falta de coraje o decisión política real de dar solución a los manifiestos problemas generados y contrastados. Tras más de veinte años de uso de la figura de la libre designación, parece más bien, que no interesa a nadie prescindir de una fórmula que garantiza adhesiones y confianzas políticas, olvidando que como declaraba el Tribunal Constitucional en su STC 10/1989: «la facultad de libre designación no atribuye al órgano de decisión una especie de poder omnímodo a fin de decidir cómo tenga por conveniente, con olvido de que el servicio del interés público es la esencia y el fundamento del ejercicio de toda potestad administrativa». Es decir, el interés público no puede ser olvidado ni por la administración ni tampoco por el propio legislador, a la hora de ofrecer una adecuada solución a los problemas previamente detectados y más, cuándo los propios expertos han formulado expresamente una recomendación para su solución. Por lo que parece que lo recomendable hubiera sido el establecimiento de este mecanismo de forma obligada dentro del procedimiento de libre designación.

Así pues, qué sentido tiene la libre designación, salvo la pura y dura «confianza política», es decir, estamos actualmente más cerca de la figura del personal eventual (artículo 8.2 d) del Estatuto Básico), que de una fórmula de provisión de puestos de trabajo para funcionarios de carrera que debe estar sometida a los principios de objetividad (imparcialidad), igualdad, mérito y capacidad, y con ello, garantizar un funcionamiento objetivo y eficaz en la satisfacción del interés público.

³² FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2007); *op. cit.*, págs. 611 y ss.

³³ MORELL OCAÑA, L. (2001), "Dirección de la Administración Pública por el Gobierno y garantías de imparcialidad administrativa", *Revista de Administración Pública*, núm. 156, págs. 53 y ss.

Ya expuse las razones que justificaban, a mi juicio, una crítica clara y contundente al mantenimiento de este instrumento de provisión de puestos de trabajo en la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)³⁴ y, la verdad sea dicha, la realidad ha confirmado todos mis temores y reticencias, ya que nos encontramos ante uno de los instrumentos legales más perniciosos y nocivos, que ha sido instrumento fundamental para que no se haya conseguido un ético, eficaz y objetivo funcionamiento de las administraciones públicas. Además, la politización de las carreras administrativas de los funcionarios, resultando la figura de la libre designación su principal arma, ha sido una de las claves de la masiva y rampante corrupción en la gestión pública, y en este sentido debemos destacar entre otros la opinión de Núñez Pérez (expresidente del Tribunal de Cuentas)³⁵, que considera que el germen de la corrupción se encuentra en la generalización de los puestos de libre designación entre los funcionarios de altas responsabilidades, también resulta ilustrativo al respecto la crítica de Chaves García³⁶, y con relación a la situación de la Administración Local, Sosa Wagner³⁷ destacaba el grave peligro que suponía la politización de la función pública mediante el uso de la libre designación frente los principios de mérito y capacidad, opiniones todas ellas que comparto totalmente.

3.1.2. *Un poco de aire fresco: La doctrina del Tribunal Supremo sobre los controles en las convocatorias, motivación y cese en los procedimientos de libre designación*

Debo llamar la atención sobre la importancia que en estos momentos de control político espurio está teniendo la doctrina del Tribunal Supremo, ya que, los pronunciamientos que están produciendo especialmente desde el año 2012 suponen un dique de contención ante los desmanes de las administraciones en la utilización del procedimiento de la libre designación.

A este respecto, podemos establecer tres ámbitos materiales diferentes en sus declaraciones que alcanzan³⁸:

a) La «excepcionalidad» en la utilización de este sistema de provisión. Por un lado, el establecimiento de límites al concepto de «excepcionalidad» en la utilización de este sistema de provisión, aunque nuestra clase política autonómica, con la bendición del Tribunal Constitucional (Auto de 18 de octubre de 2016), ha encontrado la fórmula mágica para evitar interferencias del Tribunal Supremo, y que no es otra que incorporar a sus Leyes de Función Pública una ampliación sin límite de la aplicación de la libre designación (Jefes de servicio e incluso unidades administrativas³⁹), de manera que lo que debería ser excepcional, conforme la doctrina del Tribunal Supremo, se convierte por decisión política e interesada en norma general.

Así, la Jurisprudencia (STS, Sala de lo Contencioso, sección 7.ª, de 21 de mayo de 2012, Rec. n.º 5754/2010) declara ya bajo la vigencia del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, que la elección del procedimiento de libre designación para la provisión de determinados puestos de trabajo incluidos en la Relación de Puestos de Trabajo del personal funcionario de la Administración y de sus organismos y entes públicos dependientes, «exige una motivación específica, una justificación concreta de las razones por las que, a partir de los cometidos propios del puesto de trabajo, concurren los requisitos legalmente establecidos para que se provea por este procedimiento de libre designación; justificación que es necesaria desde el momento en que el Estatuto Básico del Empleado Público no altera la consideración que merecen el concurso y la libre designación como mecanismos de provisión de puestos de trabajo». El concurso, dice la sentencia, es el modo normal de provisión, mientras que la libre designación es la excepción, y «como toda excepción a la regla ha de ser interpretada estrictamente y la Administración, cuando quiera servirse de ella por entender que el puesto de trabajo es de especial responsabilidad o de confianza, deberá justificarlo de forma específica».

³⁴ FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2007), *op. cit.*, págs. 611 y ss.

³⁵ Nos estamos refiriendo a la Conferencia impartida por D. MANUEL NÚÑEZ PÉREZ (expresidente del Tribunal de Cuentas), en la Universidad de Oviedo (Facultad de Derecho) en el año 2010, con motivo de la celebración de la festividad de San Raimundo de Peñafort, titulada *El Comportamiento ético en la gestión pública*.

³⁶ CHAVES GARCIA, J. R. (2009), «La sombra del cese fulminante sobre el letrado público de libre designación», en el blog: <https://delajusticia.com/2009/09/19/la-sombra-del-cese-fulminante-sobre-el-letrado-publico-de-libre-designacion/>.

³⁷ SOSA WAGNER, F., nos referimos al artículo publicado en la Sección de Opinión, del Diario el Mundo, de 30 de abril de 2007, con el título de «Nuevo desalojo del Estado: secretarios e Interventores».

³⁸ Para la recopilación de la jurisprudencia citada hemos seguido el trabajo de SANGÜESA CABEZUDO, A. M.ª (2016), «Nombramientos de libre designación en la Administración General del Estado. Nombramientos discrecionales. La diferencia entre uno y otro supuesto a la luz de la jurisprudencia», *Actualidad Administrativa*, núm. 12.

³⁹ Un ejemplo lo tenemos en el artículo 121 de la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura.

Por ello, el Tribunal Supremo exige una justificación individualizada y para que esta pueda ser considerada suficiente, y que la decisión administrativa no deba ser calificada como arbitraria y no discrecional, «es preciso 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» (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2012 (rec. n.º 5887/2011).

Así se ha entendido, cuando «no se ha acreditado la exigencia de esa especial responsabilidad, más allá de las funciones directivas que le atribuye la normativa reglamentaria», y «aparece como razonable y compatible con los principios de mérito y capacidad que, salvo las excepciones legalmente previstas, rigen también en la provisión de destinos entre quienes tienen capacidad acreditada para cubrir los correspondientes puestos, sin que el hecho de buscar una complicidad en las líneas rectoras de la Administración correspondiente sea motivo suficiente, pues el principio de jerarquía es suficiente garantía de tal correspondencia» (STS, Sala de lo Contencioso, sección 7.ª del 19 de mayo de 2016, Rec. n.º 1214/2015). La determinación de si los concretos cometidos funcionales asignados a un determinado puesto de trabajo encarnan o no la especial responsabilidad que justifica la libre designación «es una tarea de calificación jurídica, ajena al espacio de la discrecionalidad y, por ello, revisable jurisdiccionalmente» (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7.ª, Sentencia de 30 mayo 2013, Rec. n.º 2398/2012). Por lo tanto, es a la Administración a la que corresponde justificar, en los términos que la jurisprudencia establece, las singulares razones por la que optó por dicho sistema en cada puesto.

Esta línea jurisprudencial que defiende la normalización del sistema de concurso, frente a la excepción, señala que «la confianza no puede ser el único o principal elemento caracterizador de los puestos reservados a los funcionarios de carrera que tienen establecido el sistema de provisión de libre designación, por ser ello contrario al principio de profesionalización proclamado en nuestro actual ordenamiento administrativo y, también, por tener tal elemento su normal aplicación en la diferente figura del personal eventual» (STS, Sala Tercera de lo Contencioso administrativo, Sección 7.ª, del 24 de noviembre de 2010, Rec. n.º 5140/2007)

Por lo tanto, resulta inexplicable la tolerancia del Tribunal Constitucional con algunas Comunidades Autónomas, al permitir la transformación del sistema de provisión de la libre designación en un instrumento de generalizada utilización, perdiendo su característico carácter de «excepcional», debe ser que aplican con carácter general lo que dentro de su casa se práctica con carácter habitual.

b) El procedimiento de adjudicación y la motivación de la misma. El segundo ámbito material que examina el Tribunal Supremo hace referencia al procedimiento de adjudicación y la motivación de la misma, así, el Tribunal Supremo (STS Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7.ª, Sentencia de 4 febrero 2016, Rec. n.º 665/2014, resume las notas definidoras de estos nombramientos:

1. La libre designación implica una valoración por parte de la administración convocante, junto a la comprobación del cumplimiento de los requisitos establecidos, un juicio de idoneidad y confianza respecto de la persona a designar.
2. La libre designación supone en su apreciación «una evidente connotación de discrecionalidad o, si se prefiere (...) un cierto margen de libertad». Así, pues, si estamos en el ámbito de la discrecionalidad, no cabe arbitrariedad en su ejercicio y es imprescindible una motivación suficiente según el art. 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Motivación cuya suficiencia deben controlar los tribunales y examinar si el ejercicio de la discrecionalidad que la Ley ha concedido ha tenido lugar sin arbitrariedad y con sometimiento a los fines para los que le dio la potestad ejercitada. A estos últimos efectos, una jurisprudencia constante incluye dentro del control judicial de la discrecionalidad administrativa el examen de los hechos determinantes de la actuación cuestionada.
3. Por lo tanto, la motivación no podrá quedar limitada a lo que literalmente establece el art. 56.2 del RGI, es decir, el cumplimiento por el candidato elegido de los requisitos y las especificaciones exigidos en la convocatoria y la competencia para proceder al nombramiento, en este sentido sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7.ª, de 30 septiembre 2009, Rec. n.º 28/2006.

Ese deber de motivación específico se extiende incluso al supuesto en el que el puesto quede desierto, en cuyo caso, la Sala Tercera exige una justificación razonada que atiende al caso concreto y a las características de los puestos. Así, señala: «... tiene razón la demanda cuando pone de relieve la insuficiencia de la

única motivación que se encuentra en el expediente de la declaración como desierto del puesto núm. 15 de los convocados el 10 de julio de 2013. Decir que, de los dieciséis solicitantes, todos los cuales reúnen los requisitos exigidos, ninguno reúne las condiciones de idoneidad y confianza necesarias, no es decir nada si no se añaden unas mínimas explicaciones que permitan descartar la utilización de esa fórmula al antojo de quien debe hacer la designación. Explicaciones que deben ofrecer una concreción, aún elemental, de cuál es la idoneidad de la que se habla y de por qué ninguno de los solicitantes la posee ni es merecedor de confianza».

Esta línea jurisprudencial proviene de la doctrina originada con motivo del examen de los denominados nombramientos discrecionales de la Carrera Judicial, y así, la sentencia de 3 de diciembre de 2012 del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7.ª, de 3 diciembre 2012, Rec. n.º 339/2012; remitiéndose a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7.ª, de 30 septiembre 2009, Rec. n.º 28/2006, señala que «es trasladable a estos nombramientos funcionariales por libre designación la doctrina que el Pleno de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo ha sentado sobre los nombramientos discrecionales para cargos jurisdiccionales en las Sentencias de 29 de mayo de 2006 (recurso 309/2004) y 27 de noviembre de 2007 (recurso 407/2006), en las que expresamente se declaran superados los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales (en las SSTs de 3 de febrero de 1997 y 30 de noviembre de 1999) que habían apuntado la innecesidad e inexigibilidad de motivación en esa clase de nombramientos».

El fundamento de esa nueva doctrina jurisprudencial considera que la libertad de nombramiento no es absoluta sino que tiene unos límites, y estos son los exigidos por el orden axiológico constitucional, en concreto, los mandatos constitucionales que proscriben la arbitrariedad (art. 9.3 CE), el respeto al derecho fundamental de todos ellos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art 23.2 CE); y que el criterio material que ha decidido el nombramiento se ha ajustado a los principios de mérito y capacidad (103.3 CE).

Por ello, según la jurisprudencia citada existe una doble exigencia en la motivación de la resolución adjudicando el puesto de trabajo, en primer lugar, los concretos criterios de interés general elegidos como prioritarios para decidir el nombramiento, y, en segundo lugar, cuáles son las cualidades o condiciones personales y profesionales que han sido consideradas en el funcionario nombrado para apreciar que aquellos criterios concurren en él en mayor medida que en el resto de los solicitantes.

c) La motivación del cese, reciente doctrina judicial. La Sentencia de la sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo, dictada el 2 de julio de 2020 (rec. 2053/2018), confirma la línea abierta por la sentencia de esa misma Sala de 19 de septiembre de 2019 en relación a un supuesto del cese de Jefe de Servicio que ocupaba el puesto de libre designación.

Pues bien, esta sentencia examina y determina los criterios para poder cesar con una motivación conforme a derecho al funcionario que se encuentre desempeñando un puesto por libre designación, así, esta reciente sentencia fija un criterio básico y que es de imposible discusión, en concreto, que el puesto de trabajo es de nombramiento discrecional, y por lo tanto el cese también es discrecional, si bien, eso no supone que la decisión pueda ser arbitraria, de forma que resulta necesario que la misma se encuentre motivada, así señala:

«Conviene tener en cuenta que, a tenor de nuestra propia jurisprudencia, el funcionario que ocupa un puesto de libre designación no se encuentra cubierto por la inamovilidad en el cargo, y que su cese tiene un componente de libre apreciación evidente que, no obstante, no le exime, como hemos repetido, de motivar las razones de la decisión».

Con relación a los requisitos formales del cese, señala:

«Como el acto de nombramiento, también el de cese debe ajustarse a exigencias formales obvias como, por ejemplo, que lo acuerde el órgano competente o la adecuada formación –en su caso– de la voluntad si es un órgano colegiado y a tales exigencias formales cabe añadir la motivación si bien con la debida modulación».

Dicho lo anterior, el Tribunal Supremo, examina los requisitos de los motivos legítimos para el cese:

1. «que las condiciones subjetivas u objetivas, tenidas en cuenta para la designación, pueden haber desaparecido o cambiado, teniendo en cuenta el interés general que se satisface desde el desempeño del puesto».
2. No es suficiente invocar únicamente que «la motivación de esta resolución se referirá a la competencia para adoptarla».
3. Deben informarse al funcionario cesado «por qué las razones de oportunidad, basadas en la confianza e idoneidad apreciada para el puesto y que llevaron a su elección, ya no concurren o si concurren qué otra circunstancia objetiva determina la pertinencia del cese».

4. No es suficiente «expresiones opacas, estandarizadas, que puedan encubrir una intención patológica por falsa, caprichosa o ajena a los requerimientos del puesto o a las exigencias de idoneidad profesional que llevaron a la elección».

Esta última exigencia es esencial para poder determinar qué cese se presenta injustificado y el cese que ha de reputarse justificado, ya que se impone en la autoridad que cesa al funcionario, la carga de explicitar un juicio objetivo de inidoneidad, pues no cabe una motivación «ajena a los requerimientos del puesto o a las exigencias de idoneidad profesional que llevaron a la elección».

Esta línea jurisprudencial supone una gran innovación sobre este procedimiento de provisión, ya que, de esta forma se incorporan unos límites a la posible existencia de una actuación administrativa susceptible de ser calificada como de infracción de la arbitrariedad, estableciendo para ello unos parámetros que son susceptibles de examen y control.

3.1.3. *Propuestas para una reconducción de la Libre designación*

Pues bien, expuestas las múltiples razones que justificarían el destierro de la figura de la libre designación como instrumento de provisión de puestos de trabajo en nuestro ordenamiento jurídico, y las graves consecuencias que ha supuesto su utilización para el funcionamiento eficaz y ético de nuestras administraciones públicas, ha llegado el momento de formular algunas propuestas de *lege ferenda*, que ya expuse en anteriores trabajos⁴⁰ y que debemos reiterar, así:

- a) En el caso de que se mantenga el procedimiento de libre designación, estimamos necesario modificar su régimen legal tanto en la «excepcionalidad» de su uso, restringiéndola al máximo, y no ampliando los casos como ha ocurrido con la reforma local de la Ley 27/2013 LRSAL, en su nuevo artículo 92 bis núm. 6⁴¹ y en la legislación de muchas comunidades autónomas, a lo que se debería añadir la necesidad de una motivación específica sobre la concurrencia de un supuesto excepcional.
- b) Asimismo, sería deseable que en las propias convocatorias de libre designación se incorporasen méritos reglados y objetivos para autolimitar el margen del acuerdo de nombramiento, incluso, a nuestro juicio, sería recomendable una modificación legal que estableciera una obligación de incorporar a la convocatoria una previsión en este sentido.
- c) La modificación de su régimen jurídico exigiendo la obligada motivación del nombramiento con un contenido mínimo en el sentido manifestado por la doctrina del Tribunal Supremo de las resoluciones de adjudicación.
- d) La incorporación legal de la obligatoria intervención de una comisión técnica de evaluación de los méritos aportados por los concursantes, sobre cuyo informe deberá motivar su decisión final el órgano político.
- e) Resultaría adecuado, a pesar de que una de las esencias de esta figura sea el libre cese discrecional, la exigencia de una motivación técnica de las razones del cese vinculada al desempeño de las tareas asignadas a los puestos de trabajo, y ello, en evitación de que estemos ante situaciones fundadas en la simple arbitrariedad, y por lo tanto, en la línea abierta por la última jurisprudencia que hemos citado, se permita un adecuado control jurisdiccional de la decisión.
- f) Modificación del régimen legal de adjudicación de nuevos puestos de trabajo en caso de cese, y aumentar las garantías de mantenimiento del nivel retributivo, si lo que realmente se busca es garantizar la independencia y objetividad en el ejercicio de sus funciones de unos funcionarios auténticamente profesionales.

3.1.4. *El Concurso Específico: en muchas ocasiones una libre designación encubierta*

Ahora bien, la pregunta es si este procedimiento por sí mismo, a diferencia del procedimiento de libre designación, resulta pernicioso y debe ser suprimido, y la respuesta, a mi juicio, como ya he indicado en

⁴⁰ FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2015b), *op. cit.* y (2018c), *op. cit.*, págs. 123 y ss.

⁴¹ FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2014), “La Reforma y el Empleo Local. Una caja de sorpresas, pero pocas buenas”, en CARRILLO DONAIRE y NAVARRO RODRÍGUEZ (coords.), *La Reforma del Régimen Jurídico de la Administración Local*, Wolters Kluwer. La Ley. El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, págs. 504 y ss.

trabajos anteriores ya indicados, es que no, y ello, por cuánto estimo que el mismo puede constituir un instrumento técnico adecuado para la provisión de puestos de trabajo de carácter singularizado, especialmente las jefaturas de servicio y sección. Si bien considero que la actual regulación resulta demasiado abierta y necesita una revisión, incluso de carácter básico en el TREBEP, de manera que no se limitara su regulación, como ocurre actualmente, a la simple declaración general de la obligación de que el proceso de valoración gire sobre «los méritos y capacidades y, en su caso, aptitudes de los candidatos» (art. 79.1 TREBEP), renunciando, a diferencia de la regulación anterior en la LMRFP, a fijar un listado de los méritos y capacidades a valorar, pues no hay duda de que uno de los problemas más graves a los que nos hemos referido anteriormente, es el proceso de establecimiento de méritos que suponen una cuasi preselección del candidato preferido por la administración, ya que, el establecer una regulación absolutamente abierta y sin ningún tipo de garantías, está permitiendo que las administraciones procedan a incorporar una «imaginativa» variedad y en muchos casos pintorescos méritos *ad personam*, lo que supone una actuación calificable de arbitrariedad y despotismo. La ausencia de regulación básica expresa abre caminos para que puedan aprobarse leyes autonómicas de desarrollo que opten por el establecimiento de méritos que respondan a criterios que nada tengan que ver con los principios exigibles a la administración pública, es decir, la objetividad y profesionalidad de sus funcionarios para garantizar un adecuado desarrollo de las funciones administrativas con eficacia y sometidas al derecho. A lo anterior debemos añadir que tampoco existe reserva de ley alguna, con lo cual nada impide que estas cuestiones reciban un tratamiento únicamente por vía reglamentaria en el mejor de los casos, cuándo no por las simples órdenes de convocatoria de cada concurso.

Como ya señale en otros trabajos entiendo que resulta interesante y destacable la novedad incorporada al TREBEP, en concreto, la mención expresa a la obligación de que el proceso de valoración se desarrolle sobre «... y, en su caso, aptitudes de los candidatos»; pues este concepto no se encontraba recogido por la anterior legislación, en concreto el artículo 20 de la LMRFP, lo que origino que por la doctrina⁴² se criticara el encaje de las memorias y entrevistas en los concursos específicos, ya que estas figuras estaban más cercanas al concepto de aptitud que con las exigencias legales del principio de mérito, pues la redacción de la LMRFP parecía impedir extender el uso de estas técnicas de valoración más allá de la simple comprobación de los méritos del candidato. Ahora bien, la incorporación de este concepto no es nuevo en nuestro ordenamiento, de todas formas un examen más detallado legal y jurisprudencialmente de esta figura y su delimitación y conexiones con los principios de mérito y capacidad, se puede encontrar en otro trabajo mío⁴³.

Por lo tanto, reiteramos las conclusiones ya formuladas a este respecto en otro trabajo⁴⁴, en concreto:

- a) Resultaría necesario una nueva regulación básica del TREBEP que precisase los méritos concretos objeto de valoración (listado) y en segundo lugar, vía principio de la «aptitud» o bien, como desarrollo del principio de «profesionalidad», incorporar las nuevas técnicas profesionales de selección para la provisión de puestos de trabajo (pruebas prácticas mediante simulaciones referidas a las funciones generales por áreas funcionales y no al concreto puesto de trabajo; elaboración de un Proyecto sobre tareas del área funcional de los puestos de trabajo), con relación a estas nuevas técnicas debo llamar la atención sobre la experiencia que al respecto se está desarrollando actualmente en la Comunidad Autónoma del País Vasco⁴⁵, con buenos resultados.
- b) Por otro lado, rechazamos la utilización de figuras tan subjetivas y susceptibles de manipulación como las entrevistas y memorias que en muchos de los concursos específicos suponen la concesión de la puntuación final necesaria para otorgar el puesto al candidato predeterminado, pues en caso contrario, seguiremos ante ese proceso imparable de introducción de la discrecionalidad en su sentido más amplio en el concurso. De ahí, que como he señalado anteriormente estimo necesario

⁴² FERREIRA FERNÁNDEZ, A. X. (2002), *La Provisión de Puestos de Trabajo en la Administración General del Estado*, INAP-MAP, Madrid, págs. 176 y 177 y, asimismo, PALOMAR OLMEDA, A. (2003), *El Derecho de la Función Pública*, Dykinson, Madrid, pág. 562.

⁴³ FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2007), *op. cit.*, págs. 595 y ss.

⁴⁴ FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2015b), *op. cit.* y (2018c), págs. 123 y ss.

⁴⁵ A mero título de ejemplo podemos citar la Orden de 24 de mayo de 2016, del Consejero de Administración Pública y Justicia, por la que se aprueban la convocatoria y las bases específicas del concurso para la provisión de puestos de trabajo de niveles de complemento específico I-A, I-B, II-A, II-B, II-C y III-A que pertenecen al área de conocimiento «Área jurídica» reservados a personal funcionario de carrera de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco y sus Organismos Autónomos.

un cambio al respecto y su sustitución por nuevos instrumentos como lo señalados en el apartado anterior. En el caso del mantenimiento de la entrevista, considero imprescindible la incorporación, de la misma forma que hemos indicado para los procesos selectivos, de la videograbación de la misma, de manera que se garantice al concursante la posibilidad de control e impugnación de las consideraciones valorativas realizadas por la comisión a la misma.

- c) Lógicamente, debemos reiterar lo manifestado con relación a la necesidad de que las comisiones de valoración incorporen todas las exigencias sobre composición, funcionamiento, criterios de valoración y su motivación, en los mismos términos que resultan de aplicación en el ámbito de la selección.
- d) Finalmente, indicar que también estimamos esencial la función del orden jurisdiccional contencioso administrativo, que, a nuestro juicio, a la vista de la jurisprudencia debería incrementar, del mismo modo que está ocurriendo con relación al principio de la discrecionalidad técnica y transparencia, el control sobre el uso de esta clase de procedimientos examinando con mayor detalle los listados de méritos objeto de valoración, y que como ya hemos indicado, en muchos casos están contruidos *ad hoc*, ya que, la figura de la «potestad de autoorganización» de las administraciones públicas, no puede ser un «bálsamo de fierabrás» que ampare toda clase de decisiones, es decir, es necesario profundizar en el contraste entre lo objetivo y las adaptaciones *ad personam*, si bien, es cierto, que en muchas ocasiones solo un conocimiento profundo de la organización y funcionamiento de una determinada administración permite apreciar esa clase de arbitrariedades, y los medios asignados a la Administración de Justicia precisamente no colaboran a este respecto. Por ello, como hemos señalado resulta absolutamente necesario una nueva regulación más detallada y garantista de los procedimientos de provisión de puestos de trabajo por concurso, tanto los generales como, en especial, los específicos.

3.1.5. Una consideración final: la necesidad de un marco normativo específico para las entidades locales

Por último, como ya hemos expuesto en otro trabajo⁴⁶, estimo que una clara disfunción en el diseño del empleo público en el ámbito de las entidades locales de mediano y pequeño tamaño se encuentra en el desarrollo de la carrera administrativa. Efectivamente, con plantillas tan reducidas como las de esos municipios la carrera vertical carece de sentido, y al contrario suele suponer que la misma se utilice en claro *fraude legis*, pues al final se termina creando puestos de trabajo artificiales que no responden a la realidad de las funciones a desempeñar y cuya única finalidad es incrementar las retribuciones del personal aumentando su complemento de destino y específico, pero sin que exista en la realidad una correspondencia con las auténticas funciones desempeñadas.

Por ello, resulta imprescindible la regulación de una carrera administrativa horizontal específica para esta clase de entidades locales, a mi juicio, esta es la única forma de evitar la inflación de puestos de trabajo singularizados que se aprecia en muchas de estas entidades locales que carecen de fundamento, razón organizativa y unos procesos de provisión marcadamente condicionados, y por lo tanto, resultaría lo más adecuado establecer para estas la utilización única y exclusiva de la carrera horizontal, y solo bajo determinadas condiciones económicas y organizativas sería posible la utilización de la carrera vertical.

Y finalmente, estimamos también recomendable que se regulara legalmente un régimen común para las entidades locales de dimensiones similares, estableciendo un límite máximo de puestos de libre designación en cada entidad local en función del presupuesto, población, volumen y composición de la plantilla, u otro criterio objetivo, como se ha regulado para el personal eventual de confianza política por la LRSAL, de manera que se evitasen situaciones de un uso excesivo y no justificado objetivamente de este instrumento y cuyo origen sería el clientelismo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES) (2005): *Informe 3/2004, de 22 de diciembre, sobre La Temporalidad en el Empleo Público*. Sesión ordinaria del Pleno de 22 de diciembre de 2004. 1.ª ed. Colección Informes. Madrid: Consejo Económico y Social. <http://www.ces.es/documents/INF/2004/03>.
- CHAVES GARCÍA, J. R. (2017): *Vademécum de oposiciones y concursos*, págs. 187 y ss. Salamanca: Amarante.

⁴⁶ FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2018c), *op. cit.*, pág. 280.

- CHAVES GARCÍA, J. R. (2009): *La sombra del cese fulminante sobre el letrado público de libre designación*, en el blog: <https://delajusticia.com/2009/09/19/la-sombra-del-cese-fulminante-sobre-el-letrado-publico-de-libre-designacion/>.
- DEFENSOR DEL PUEBLO (2003): *Funcionarios Interinos y Personal Eventual: la provisionalidad y temporalidad en el empleo público*. Informes, Estudios y Documentos. Madrid: Defensor del Pueblo. <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2003-01-Funcionarios-interinos-y-personal-eventual-la-provisionalidad-y-temporalidad-en-el-empleo-p%C3%BAblico.pdf>.
- Ferreira Fernández, A. X. (2002): *La Provisión de Puestos de Trabajo en la Administración General del Estado*, págs. 176 y 177. Madrid: INAP-MAP.
- FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2020): “La Administración electrónica y la celebración de ejercicios en los procesos selectivos: una necesaria innovación, pero con algunas dificultades legales para su implementación”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 9, sección Rincón local, pág. 114.
- FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2019a): “La patente de corso otorgada por la jurisdicción social para la arbitraria contratación del personal de las sociedades públicas”, *Actualidad Administrativa*, núms. 7-8, julio-agosto.
- FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2019b): “El cuestionable amparo de la Jurisdicción Social y la arbitrariedad en el acceso al empleo en las sociedades públicas”, *Revista Vasca de Gestión de personas y organizaciones públicas*, núm. 17, págs. 104-129. https://www.ivap.euskadi.eus/contenidos/informacion/17_revvgp/es_def/Fondevila_104_129.pdf.
- FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2018a): “Repensar el diseño de los procesos selectivos en el empleo público: respuestas ágiles frente a las necesidades inmediatas y fortalecimiento de la especialización de los órganos de selección”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. especial 2, págs. 98-111. https://www.ivap.euskadi.eus/z16-a3rvop/es/contenidos/informacion/especial_2_revvgp/es_def/index.shtml.
- FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2018b): *Manual para la selección de Empleados Públicos*, 2.ª edición (revisada y actualizada). Madrid: Wolters Kluwer. El Consultor de los Ayuntamientos.
- FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2018c): *Problemas y soluciones al empleo público actual: Una Valoración a los 10 años de la aprobación del EBEP*, Granada: CEMCI.
- FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2015a): “Los procedimientos de provisión de puestos de trabajo: profesionalidad y objetividad versus clientelismo político y corrupción”, *Actualidad Administrativa*, núm. 7-8. Wolters Kluwer. https://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAEAO29B2AcSZYIji9tynt_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAE0zBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAzO2dvPfee--999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrlHz9-fB8_lorZ7L0nb3bo2du79_D-7i-8zOumqJaf_WRxkS_bHH8X59dPq-mb61X-2XlWnvkvXGRtm9effHU_b49IC__q98uvPXp3-5NnrN8e_MJ9U1dsA7O-v4P4ftyrGp28AAAA=WKE.
- FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2015b): “El Principio de Transparencia: ¿Dónde está en el empleo público en España?”, *Aletheia: Cuadernos Críticos del Derecho*, núm. 2, págs. 157-192. Monográfico: Ética de la Función Pública y Transparencia. http://www.liberlex.com/archivos/Transparencia_FP_JFA.pdf.
- FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2014): “La Reforma y el Empleo Local. Una caja de sorpresas, pero pocas buenas”, en CARRILLO DONAIRE, J. A.; NAVARRO RODRÍGUEZ, P. (coords.), *La Reforma del Régimen Jurídico de la Administración Local*, págs. 504 y ss. Madrid: Wolters Kluwer. La Ley. El Consultor de los Ayuntamientos.
- FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2012): *Manual para la selección de Empleados Públicos*, 1.ª edición, págs. 184 y ss. Madrid: Wolters Kluwer. El Consultor de los Ayuntamientos.
- FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2008): *La selección y pérdida de la condición de empleado público*, pág. 159 y ss. Barcelona: Atelier.
- FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2007): “Provisión de puestos de trabajo y movilidad”, en ORTEGA ÁLVAREZ (dir.), *Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid: Wolters Kluwer. La Ley. El Consultor de los Ayuntamientos.
- FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2000): *Constitución y Empleo Público*, págs. 84 y ss., 201 y ss. Granada: Comares.
- GORRITI BONTIGUI, M. (2019): “Gestión planificada de vacantes: retos en Organización y Recursos Humanos”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, número extraordinario 5, Monográfico: La necesaria innovación en el empleo público local: problemas y alternativas, págs. 94-112. Wolters Kluwer.
- GORRITI BONTIGUI, M. (2018): “Innovar en selección desde la evidencia empírica y las nuevas competencias”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, número especial 2, págs. 66-85. <https://www.euskadi.eus/r61-s20001x/es/t59auUdaWar/t59aMostrarFicheroServlet?R01HNoPortal=true&t59aldRevista=3&t59aTipoEjemplar=R&t59aSeccion=51&t59aContenido=8&t59aCorrelativo=2&t59aVersion=1&t59aNumEjemplar=14>.
- GORRITI BONTIGUI, M.; TOÑA GÜENAGA, F. (2005): “El nuevo modelo de Organización y Recursos Humanos de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco”, *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 41, págs. 266 y 267. <https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/revistas/pgp/41.pdf>.
- INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - INAP (2005): *Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid: INAP, págs. 84 y ss.
- LAGUNA DE PAZ, J. C. (2017): “El Control judicial de la discrecionalidad administrativa”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 186, pág. 94 y ss. <https://pjenlinea3.poder-judicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/El%20control%20judicial%20de%20la%20discrecionalidad%20administrativa.PDF>.
- MORELL OCAÑA, L. (2001): “Dirección de la Administración Pública por el Gobierno y garantías de imparcialidad administrativa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 156, págs. 53 y ss. <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=154&IDA=24394>.

- OLMEDA GÓMEZ, J. A.; PARRADO DIEZ, S.; COLINO CÁMARA, C. (2017): *Las Administraciones Públicas en España*, 2.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanc.
- PALOMAR OLMEDA, A. (2003): “*El Derecho de la Función Pública*”, pág. 562. Madrid: Dykinson.
- PONCE SOLÉ, J. (2019): *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida*, Madrid: Universidad Alcalá de Henares (UAH).
- PONCE SOLÉ, J. (2016): “La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración”, *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 175, enero-marzo. págs. 57-84.
- RAMIO MATAS, C. (2019): “Inteligencia artificial y robotización reclaman un nuevo modelo de gestión del empleo público”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, número extraordinario 5, Monográfico: La necesaria innovación en el empleo público local: problemas y alternativas. págs. 30-46, Wolters Kluwer.
- SANGÜESA CABEZUDO, A. M.ª (2016): “Nombramientos de libre designación en la Administración General del Estado. Nombramientos discrecionales. La diferencia entre uno y otro supuesto a la luz de la jurisprudencia”, *Actualidad Administrativa*, núm. 12.
- SOSA WAGNER, F. (2007): “Nuevo desalojo del Estado: secretarios e Interventores”, *Diario el Mundo* (30 de abril de 2007), Sección de Opinión.
- Temas de hoy, (5 de Julio de 2019), *Diario La Ley*, núm. 9.450. Wolters Kluwer.



Documentación Administrativa, número 7, enero-diciembre de 2020
Sección: ARTÍCULOS
DOI: <https://doi.org/10.24965/da.i7.10892>
Páginas: 88-103

El funcionario interino: entre la temporalidad y la estabilidad

The interim civil servant: between temporality and stability

Jesús Fuentetaja Pastor

Universidad Nacional de Educación a Distancia – UNED (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2049-9393>

jfuentetaja@der.uned.es

NOTA BIOGRÁFICA

Catedrático de Derecho Administrativo (UNED). Sus principales líneas de investigación son el Derecho Administrativo Europeo y el Derecho de la Función Pública. Es autor de diversas publicaciones en materia de Función Pública.

RESUMEN

Aunque la situación jurídica de los funcionarios interinos se caracteriza por su temporalidad, la regulación y la gestión de esta clase de empleado público generan situaciones de estabilidad no sólo al limitar la potestad de la Administración para finalizar las relaciones jurídicas interinas sino también al favorecer la prolongación de su duración.

PALABRAS CLAVE

Funcionario interino; temporalidad; estabilidad; cese.

ABSTRACT

Although the legal status of interim civil servants is characterized by their temporary nature, the regulation and management of this class of public employee generate situations of stability not only by limiting the authority of the Administration to remove interim civil servants but also by increasing the duration of their legal relationships.

KEYWORDS

Interim civil servant; temporary nature; stability; removal.

SUMARIO

I. TEMPORALIDAD Y ESTABILIDAD EN LA FUNCIÓN PÚBLICA. II. LA TEMPORALIDAD DEL FUNCIONARIO INTERINO. III. LA ESTABILIDAD DEL FUNCIONARIO INTERINO. 1. «ESTABILIDAD CAUSAL»: EL CESE DE LOS FUNCIONARIOS INTERINOS. 1.1. LA CAUSALIZACIÓN DE LOS CESES. 1.2. TIPIFICACIÓN DE LAS CAUSAS DE CESE DE LOS FUNCIONARIOS INTERINOS. 1.3. OBJETIVACIÓN DE LAS CAUSAS DE CESE DE LOS FUNCIONARIOS INTERINOS. 1.4. CONTROL DEL CESE POR DESAPARICIÓN DE «URGENCIA Y NECESIDAD». 2. «ESTABILIDAD SUBJETIVA»: LA DESVINCULACIÓN DEL FUNCIONARIO INTERINO DEL PUESTO DE TRABAJO. 3. «ESTABILIDAD DISCONTINUA»: LAS BOLSAS DE TRABAJO. 4. «ESTABILIDAD TUITIVA»: PROTECCIÓN DE LA RELACIÓN COMO CRITERIO INTERPRETATIVO. IV. CONCLUSION. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. TEMPORALIDAD Y ESTABILIDAD EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

Estabilidad y temporalidad no son conceptos antitéticos, por mucho que una de las acepciones del primero suponga lo contrario del segundo. La lucha por la estabilidad, en su dimensión de inamovilidad en la condición funcionarial, constituyó de hecho uno de los ejes que articularon la evolución institucional de la Función Pública contemporánea, evitando los ceses arbitrarios o discrecionales y conformando un régimen jurídico que protegía al funcionario de injerencias políticas en el ejercicio de sus funciones.

La estabilidad puede constituir tanto una situación jurídica como meramente fáctica, según que sea pretendida directamente por la norma o se derive de la forma de aplicación o de inaplicación de ésta. Como decíamos, lo contrario de estabilidad no es temporalidad, sino más bien precariedad de la relación jurídica en la medida en que una de las partes pueda producir su alteración o extinción con más o menos facilidad sustantiva y procedimental. Por ello, la estabilidad es una propiedad gradual. En este sentido, la relación funcionarial no es plenamente estable en su contenido al poder ser modificada unilateralmente por el Legislador y por la Administración, tal y como es propio de la naturaleza estatutaria del vínculo¹. Y tampoco lo es en su duración, no sólo porque su decurso normal conduzca a un término natural (jubilación por alcanzar el período máximo de servicio activo posible) sino también porque la norma prevé circunstancias excepcionales cuyo acaecimiento determina la finalización anticipada de la relación (muerte, renuncia, sanción de separación, pena de inhabilitación, jubilación por incapacidad permanente, pérdida de nacionalidad).

Lo importante, desde el punto de vista de la estabilidad de la relación, es la configuración objetiva de las causas de finalización de ésta, limitando o eliminando incluso la discrecionalidad o el margen de apreciación de la Administración en su concurrencia. Por eso, la estabilidad no es una característica tampoco ajena a los funcionarios temporales, en la medida en que las causas de finalización de su relación se objetiven normativamente.

Es evidente que la mayor estabilidad jurídica derivada de la regulación de las relaciones funcionariales temporales genera fácticamente una mayor duración de las mismas. Pero el juicio de la temporalidad no se mueve tanto en el plano de la dinámica de dichas relaciones como en el de la regulación estática de las normas al configurarlas. No obstante lo cual, la temporalidad de las relaciones funcionariales se debe deducir más de su concepción institucional que de la explicitación normativa. No existe, en efecto, en la normativa una previsión explícita y directa sobre la duración de aquellas relaciones –a diferencia de las relaciones laborales en la Administración– simplemente porque no es necesario, aunque del funcionario de carrera se predique su «carácter permanente» (9.1 TREBEP) y del funcionario interino ni siquiera lo contrario, pues en su propia denominación va ínsita su temporalidad, por mucho que a continuación su articulación jurídica no termine de garantizar técnicamente dicha temporalidad.

En efecto, los funcionarios interinos son funcionarios temporales porque tanto los presupuestos como las causas de la relación son de duración determinada, sin perjuicio de que la regulación y la aplicación de la normativa hayan generado duraciones indeterminadas cuya prolongación en el tiempo pueda ser considerada larga, excesiva o, en virtud del Derecho europeo, abusiva. Sin embargo, estas duraciones excesivas o abusivas son consecuencia no sólo de la vulneración de las normas encaminadas a prevenirlas sino también de técnicas de regulación, de interpretación y de gestión informadas por el objetivo aparentemente paradójico de garantizar una mayor estabilidad y duración de las interinidades funcionariales.

El objetivo de este trabajo no es el de analizar las consecuencias de las duraciones excesivas de las relaciones funcionariales interinas², consecuencias que han dado lugar a la creación de dos categorías jurídicas con contenidos y orígenes diferentes –en el Derecho interno, el «funcionario interino de larga duración»³; y, en el Derecho europeo, el «abuso»⁴ de los funcionarios interinos–, sino el de reflexionar sobre las causas normativas, jurisprudenciales y de gestión que generan o propician esas consecuencias.

¹ LÓPEZ BENÍTEZ, M.: «Concepto y clases de empleados públicos», en *Derecho Administrativo. Tomo IV* (coords. Izquierdo, M. y López Benítez, M.), Tecnos 2019, pág. 57.

² *Vid.*, al respecto, FUENTETAJA, J.: «La utilización abusiva de los funcionarios interinos ante el derecho europeo: entre la transformación en funcionarios de carrera y el derecho a indemnización» en *Revista de administración pública*, núm. 212, 2020, págs. 201-230; SÁNCHEZ MORÓN, M.: «La consagración del funcionario interino indefinido», en *Revista de Administración Pública*, núm. 208, 2019, págs. 223-238.

³ Sobre el origen y contenido de esta categoría, *vid.* SÁNCHEZ MORÓN, M., *Régimen jurídico de los funcionarios interinos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, págs. 41-44.

⁴ FUENTETAJA, J., *Función Pública y Derecho europeo*, Civitas, 2018.

II. LA TEMPORALIDAD DEL FUNCIONARIO INTERINO

La naturaleza temporal del funcionario interino constituye, sin duda alguna, su característica más esencial⁵, diferenciándolo cualitativamente del funcionario permanente de carrera. En última instancia, toda la relación jurídica interina viene conformada por este elemento de temporalidad: desde su propio nacimiento, a través de procedimientos ágiles⁶ y menos rigurosos y estrictos que los encaminados a seleccionar funcionarios permanentes, hasta las causas que determinan el cese de la relación, completamente diferentes a las previstas para los funcionarios de carrera, pues aunque las aplicables a éstos también rigen para los funcionarios interinos, lo singular de la extinción de la relación interina es la finalización de las causas que permitieron en su día el nombramiento.

Y es que la causa del nombramiento –«circunstancias», según la terminología legal del art. 10.2 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público de 2015– es intrínsecamente temporal: vacante con inherente vocación a ocupación con carácter permanente; sustitución transitoria de titular del puesto; o necesidades temporales (programas y acumulación de tareas), cuya imprecisión objetiva se soluciona fijando convencionalmente una duración precisa.

De ahí que la relación sea temporal, pues finalizada la causa del nombramiento (ocupación de vacante por nuevo titular; reingreso al servicio del titular del puesto sustituido transitoriamente; expiración del plazo de las interinidades por funciones temporales), el funcionario deba ser cesado. Cuestión diferente es que la propia configuración de estas causas de nombramiento propicie duraciones indeterminadas de la relación interina que, incluso perfectamente legales, produzcan situaciones fácticas con relevancia jurídica según se califiquen como «de larga duración» o «abusivas».

En este sentido, la duración de la relación funcional interina habría que valorarla tanto por su carácter abusivo –lo que implica un juicio subjetivo de la intencionalidad fraudulenta por la Administración al recurrir a relaciones temporales para necesidades permanentes– como, en su caso, por su larga duración –lo que supone la consideración objetiva del carácter desproporcionado de la duración de la interinidad al excederse temporalmente de lo adecuado para la duración del fin para el que se recurrió a la misma–.

Así, una duración abusiva de la relación interina puede deducirse de la inactividad de la Administración al no aplicar los elementos normativos reglados que determinan la finalización de la relación interina: desde los automáticos términos temporales de duración de los supuestos de funcionarios interinos de programa o de acumulación de tareas a la obligación de incorporar las vacantes en las que son nombrados los funcionarios interinos a la siguiente Oferta de empleo público posible (10.4 TREBEP). Por su parte, la sustitución del funcionario de carrera puede comprender situaciones administrativas –en sentido lato y estricto– que amparen relaciones interinas con lustros de prolongación, si pensamos simplemente en casos de funcionarios que permanecen en la vida política durante mandatos parlamentarios encadenados durante decenios. En estos casos, obviamente, la duración de la interinidad podría describirse objetivamente como prolongada y valorarse incluso subjetivamente como excesiva, pero no por ello calificarse o descalificarse jurídicamente como abusiva.

En cualquier caso, la caracterización esencial de las relaciones funcionariales interinas por su temporalidad debe comprenderse desde las diferentes medidas que contribuirían a dotar a aquellas de mayor estabilidad.

III. LA ESTABILIDAD DEL FUNCIONARIO INTERINO

La temporalidad propia de las relaciones funcionariales interinas puede verse desvirtuada, matizada o incluso eliminada, tanto mediante una gestión incorrecta de los recursos humanos como a través de mecanismos normativos o técnicas de gestión y de aplicación que se encaminan a garantizar una estabilidad a los funcionarios interinos, ya sea en su acepción de permanencia de la relación, ya en cuanto que limitación de la discrecionalidad de la Administración para poner fin a aquella.

En efecto, además de la desvirtuación de la temporalidad de las relaciones interinas por la directa inaplicación de las medidas normativas previstas para garantizarla⁷, lo cierto es que el sistema ha ido introduciendo

⁵ STS 14 abril 1997 (Rec. 2674/1994).

⁶ Art. 10.2 TREBEP.

⁷ Podría hablarse incluso de una cierta «estabilidad fáctica» de los funcionarios interinos derivada del mero incumplimiento de las medidas preventivas garantizadoras de la temporalidad de la relación. La incorrecta gestión de los funcionarios interinos en las Ad-

técnicas que indirectamente garantizan una relativa estabilidad a las relaciones o a las situaciones interinas. La más importante de ellas, de carácter normativo, consiste en la causalización de los ceses («estabilidad causal»), de manera que se circunscriben las posibilidades de extinción de la relación por la Administración, aunque resulta igualmente trascendente la admisión de la pervivencia de la relación funcional interina desvinculada del puesto de trabajo, lo que implica además una evolución en la concepción del funcionario interino en cuanto que estatus subjetivo semejante al de los funcionarios de carrera («estabilidad subjetiva»).

Particular atención merecen también dos técnicas, la primera de gestión, relativa a la discontinuidad de las relaciones interinas derivadas de la existencia de bolsas o listas de interino («estabilidad discontinua» o indirecta); y la segunda de carácter jurisprudencial, al erigir la protección de la relación funcional como criterio de interpretación de la normativa reguladora del cese («estabilidad tuitiva»), como en el caso de la conversión de las relaciones interinas para evitar su extinción.

Por último, no se abordarán en este trabajo otras técnicas que se han utilizado asimismo para garantizar la mayor continuidad o estabilidad a los funcionarios interinos, como los acuerdos de reserva de vacantes para nombramientos interinos⁸ o la fijación de plazos determinados para las relaciones interinas⁹, independientemente incluso de la subsistencia de su necesidad, por no hablar de la respuesta del sistema para estabilizar o consolidar las relaciones interinas mediante la transformación de éstas a través de procesos selectivos específicos¹⁰.

1. «Estabilidad causal»: el cese de los funcionarios interinos

1.1. La causalización de los ceses

En lo que respecta a la causalización de los ceses, se trata de una de las grandes novedades que el Estatuto Básico del Empleado Público de 2007 introdujo en la figura del funcionario interino. En realidad, como hemos visto, el Estatuto incorporó directamente las causas de nombramiento, de cuya finalización derivan indirectamente las causas de cese. Así, el Estatuto Básico establece que «[e]l cese de los funcionarios interinos se producirá, además de por las causas previstas en el artículo 63, cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento». De esta manera, el Tribunal Supremo¹¹ ha podido distinguir «causas de cese comunes», referidas a todo funcionario público, y «causas específicas», que son las relacionadas con la causa que motivó el nombramiento del funcionario interino y que, en última instancia, son genuinas de esta figura.

Hay que tener en cuenta que tradicionalmente el nombramiento de funcionarios interinos se justificaba y amparaba exclusivamente por la urgencia y necesidad de la ocupación de puestos. Aunque se trata de

ministraciones Públicas se ha manifestado en la inaplicación de previsiones normativas encaminadas precisamente a evitar la duración desproporcionada de las relaciones interinas. Tal es el caso de los nombramientos de funcionarios interinos sobre vacantes. La propia existencia de una vacante es una anomalía organizativa, pues los puestos tienen vocación de ser ocupados y desempeñados por quienes sean sus titulares a resultas de procedimientos selectivos (funcionarios permanentes de nuevo ingreso) o de provisión (funcionarios permanentes ya al servicio de la Administración). Por ello, el nombramiento de un funcionario interino en un puesto vacante es una solución transitoria. Para evitar que esta transitoriedad se prolongue indebidamente, el art. 10.4 del TREBEP obliga a la Administración a incorporar la plaza vacante desempeñada interinamente a la primera Oferta de Empleo Público posible, de manera que se desencadene automáticamente el mecanismo que aboca a la ocupación definitiva del puesto por un funcionario de nuevo ingreso. El tenor literal de la Ley es terminante, pero no establece consecuencia jurídica alguna al incumplimiento, por parte de la Administración, de dicha obligación. No obstante, esta cautela normativa puede y suele quedar vaciada de eficacia por el simple expediente de la inacción de la Administración, al no cumplir su obligación de incorporar la vacante en cuestión a la correspondiente Oferta de Empleo Público. Con esta práctica, los nombramientos de funcionarios interinos sobre vacantes pueden durar lustros. No obstante, los Tribunales han empezado a extraer las consecuencias del citado precepto y no han dudado en anular una oferta de empleo público por no respetarlo: *Vid.* al respecto, SÁNCHEZ MORÓN, M.: “Informe jurídico sobre el deber de las Administraciones Públicas de incluir en la oferta de empleo público las plazas vacantes ocupadas por personal interino o temporal y publicar en plazo las correspondientes convocatorias de selección”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 187, enero-abril 2012, págs. 379-395.

⁸ Reputados ilegales: STSJ Islas Canarias, 31 octubre 2000.

⁹ STSJ Madrid, 9 febrero 2011 (Rec. 207/2009).

¹⁰ *Vid.* NAVARRO NIETO, F.: “Los planes de estabilización del empleo temporal en el Estatuto Básico del Empleado Público”, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 103, 2010, págs. 67-98; ROQUETA BUJ, R.: “Los procesos de estabilización del empleo temporal en las administraciones públicas”, en *Revista de Derecho Administrativo vLex*, núm. 1, 2020, págs. 9-45; BOLTAINA, X.: “La estabilización de personal temporal e interino para el 2020 con Presupuestos Generales del Estado prorrogados”, en *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, núm. 3, 2020, págs. 47-56; BOLTAINA, X.: “Los procesos selectivos «blandos» y sus efectos sobre la profesionalización del empleo público”, en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. Extra 2, 2018, págs. 140-155.

¹¹ STS de 20 de enero de 2010 (Rec. 2677/2017).

conceptos jurídicos indeterminados, expresan una excepcionalidad caracterizada por la transitoriedad de las circunstancias. Por ello, tanto la urgencia como la necesidad vendrán cualificadas por su dimensión coyuntural y, por ende, temporal. Y aunque no resulte sencillo apreciar que ya no concurren en una determinada situación, tanto la Administración como los Tribunales no dejaban de poner fin a los nombramientos interinos cuando desaparecía la urgencia y la necesidad que justificaron el nombramiento inicial¹². En consecuencia, la cláusula general de «urgencia y necesidad» que ampara la existencia de funcionarios interinos implica ya de por sí una temporalidad, si bien su carácter impreciso determina que por sí sola permita el abuso tanto en la prolongación de un nombramiento como en la concatenación de relaciones sucesivas.

De ahí la importancia de la concreción de las «circunstancias» que explicita hoy día el Estatuto Básico del Empleado Público, y que no dejan de ser una exteriorización de la «urgencia y necesidad» general que ampara con carácter general la existencia de los funcionarios interinos. En este sentido, la legislación básica ha extraído las consecuencias insitas a esa cláusula general, pero con la virtualidad de la exhaustividad del elenco, poniendo coto así al abuso indiscriminado en el nombramiento cuantitativo y cualitativo de este personal. A partir de ahora, la Ley ha limitado considerablemente la discrecionalidad de los ceses de funcionarios interinos por cuanto, al prever las causas de nombramientos y, por tanto, de ceses, la justificación de éstos en la mera desaparición de los presupuestos de «urgencia» y «necesidad» queda reducida, aportando una mayor seguridad jurídica a la duración de las relaciones interinas.

1.2. Tipificación de las causas de cese de los funcionarios interinos

La causalización legal de los ceses implica la necesidad de tipificación de las causas de éstos. En efecto, la tipificación de las causas de cese –aunque sea indirectamente por finalización de las causas de nombramiento– es imprescindible para garantizar los derechos de los funcionarios interinos. La interinidad no es precariedad de derechos. Ciertamente la normativa y la jurisprudencia han ido explicitando el régimen jurídico de los funcionarios interinos. Y en éste cobra particular importancia el derecho al mantenimiento de la relación, por mucho que la misma sea intrínsecamente temporal. El funcionario interino tiene derecho al mantenimiento de su relación mientras dure la causa que la generó y mientras permanezcan inalterados los presupuestos de la misma (urgencia y necesidad). Y este derecho –como cualquier otro que la normativa le reconozca– sólo puede ser limitado legalmente. Así lo señala el Tribunal Constitucional al señalar que «el nombramiento como funcionario interino confiere al nombrado unos derechos de los que no puede ser privado sino por las causas legalmente establecidas y no por causas no previstas al efecto» (STC 20/2001, de 29 de enero).

Por eso, no son válidas causas de cese no previstas en la norma, como el caso de la mera convocatoria del proceso selectivo conducente a la selección de funcionarios de nuevo ingreso para la ocupación de vacantes o de la no participación del funcionario interino de vacante en el proceso selectivo convocado para cubrir la misma¹³.

Además de la tipificación de las causas de cese también es necesario destacar que dicha tipificación debe hacerse mediante normas con rango de ley y no mediante actos, sean los de nombramiento, sean las bases de una convocatoria de selección¹⁴. Y ello porque la temporalidad de la relación interina y el hecho subsiguiente de negación del derecho de estabilidad o permanencia no implica que el funcionario interino no tenga derecho a la permanencia de su relación laboral mientras no concorra causa de cese, por lo que éstas deben estar previstas en la ley, pues la reserva de ley garantizaría que ese elemento esencial del estatuto del régimen funcional interino no queda a la libertad de la Administración ni en su configuración normativa vía reglamento ni menos aún –como decíamos– en su aplicación concreta vía actos de nombramiento o directamente de cese.

1.3. Objetivación de las causas de cese de los funcionarios interinos

Por otra parte, la causalización de los ceses de los funcionarios interinos contribuye a la mayor estabilidad de éstos por cuanto las causas de cese se objetivan por su vinculación con las causas de nombramiento

¹² SSTs de 12 de mayo de 1986, de 14 de abril de 1997, de 12 de enero de 1998 o de 23 de septiembre de 2005.

¹³ STSJ País Vasco, 9 diciembre 2010 (Rec. 639/2008).

¹⁴ STSJ Aragón, 16 abril 2020 (Rec. 317/2018): «La regulación de las causas de cese y remoción de los funcionarios no puede ser, con carácter general, objeto de un acto como una convocatoria para acceso a una bolsa de trabajo, en este caso para provisión como interinos de puestos reservados a estos funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional».

y con los presupuestos de la relación jurídica. En efecto, las causas de cese de los funcionarios interinos se configuran objetivamente por referencia a hechos objetivos determinantes de la extinción de la relación¹⁵. Tampoco se vinculan las causas de cese a las condiciones subjetivas del funcionario interino. Así, el hecho de ocupación del puesto por funcionario de carrera es causa de cese, independientemente de la mejor adecuación o capacitación del funcionario interino para su desempeño¹⁶.

Singular es el caso de cesar al funcionario interino por no presentarse a un proceso de estabilización o consolidación o por no superar el mismo¹⁷, desvinculándolo por tanto de las causas que justificaron el nombramiento o los presupuestos fácticos y jurídicos de la relación. En el primer supuesto (cese por no presentarse a un proceso selectivo de consolidación), el cese sería consecuencia bien del incumplimiento de una obligación que la norma le habría impuesto (donde el carácter sancionador de la medida invalidaría el cese), bien del cumplimiento de una condición resolutoria incluida en el nombramiento.

En el segundo supuesto (no superación del proceso selectivo), nos encontraríamos de nuevo ante una condición resolutoria de la relación funcional interina.

Pero como señalábamos en el planteamiento de la cuestión, lo importante es que el cese se vincula a hechos ajenos por completo a los presupuestos causales, fácticos y jurídicos que justificaron y fundamentaron el nombramiento y la consiguiente relación. Cesar a un funcionario interino porque no se ha presentado al proceso selectivo en el que se incluye su plaza es una circunstancia completamente ajena a la existencia de vacante y a la urgencia y necesidad de su desempeño. Más aún, cesado el funcionario interino por esa causa, la vacante permanecería, así como la urgencia y necesidad de su desempeño por cuanto el cese no deriva de una valoración administrativa sobre la desaparición de dichos presupuestos sino del acaecimiento de un hecho (no presentarse a un proceso selectivo). Y lo mismo ocurre, en realidad, si se le cesa por no superar el proceso selectivo en el que se incluía su plaza para estabilizar la plantilla, pues una cosa es el resultado subjetivo del funcionario interino en el proceso de estabilización y otra muy diferente el nombramiento y ocupación del puesto desempeñado por el funcionario interino, que serían los que determinarían el cese, y no el mero resultado negativo en el proceso selectivo. Obviamente los procesos de estabilización o consolidación se encaminan a la cobertura de los puestos por funcionarios de carrera, cesando consecuentemente a los funcionarios interinos. Pero este cese se producirá por la incorporación de funcionarios de carrera de nuevo ingreso (que por la configuración de tales procesos normalmente podrán ser los propios funcionarios interinos que consolidan así su relación funcional), no por circunstancias subjetivas del funcionario interino, como sería su no participación en el proceso o su fracaso en el mismo.

1.4. Control del cese por desaparición de «urgencia y necesidad»

Y aunque la relación funcional interina gane en estabilidad respecto a las causas, permanece la discrecionalidad de la Administración respecto a sus presupuestos a la hora de considerar que ya no concurren las razones de «urgencia» y «necesidad» que permitieron en su día el nombramiento, si bien el control judicial se intensifica, pues se trata de conceptos jurídicos indeterminados cuya existencia o inexistencia

¹⁵ STS 26 diciembre 1984.

¹⁶ STSJ Islas Baleares, 25 mayo 2001 (Rec. 69/2000), donde concurría la circunstancia de que el funcionario interino –Ingeniero de Caminos– realizaba, gracias a su titulación, otra serie de funciones «impropias» del puesto pero acordes con su capacitación técnica. En cualquier caso, la funcionaria de carrera nombrada –Licenciada en Derecho– estaba perfectamente habilitada para la realización de las funciones propias del puesto (Cuerpo de Superior de la Administración). No se tienen, pues, en cuenta las «funciones que realizaba el interino» sino las «funciones propias del puesto ocupado».

¹⁷ Supuesto analizado por las SSTSJ Asturias, de 15 noviembre 1999 (Rec. 3255/1997) y 9 febrero 2000 (Rec. 3660/1997), que se limita a considerar válido el cese decretado por la Administración por no superación del proceso selectivo de consolidación al que se había presentado el funcionario interino, tal y como establecían las bases del proceso selectivo en aplicación de la Ley a cuyo amparo se convocó: «La conformidad a derecho del indicado cese viene determinada no sólo en las bases de la convocatoria a la que concurso sin impugnarlas, sino también y de modo especial, por la finalidad perseguida en la indicada convocatoria, posibilitar el acceso a la función pública del personal interino en cumplimiento de lo prevenido en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 3/1985 de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias, recogiendo, tanto en las Bases de la indicada Convocatoria, como en la mencionada Disposición Transitoria que, quienes no superen las pruebas o no se presenten a las mismas cesarán automáticamente en su relación de empleo con la Administración del Principado de Asturias, en consecuencia, ni las Bases de la Convocatoria vulneran el artículo 57.2 de la mencionada Ley que regula el cese de los funcionarios interinos al venir a cumplimentar su Disposición Transitoria Tercera referida al acceso a la condición de funcionario del personal interino y contratado al servicio de la Administración del Principado de Asturias en la fecha de su entrada en vigor». Por tanto, mera validez formal del cese en aplicación de las bases y de la Ley, pero sin cuestionar ésta.

sobrevenida puede ser controlada por los Tribunales¹⁸ pero que, de haber desaparecido, determinan el cese pues la Administración no sólo no tiene el deber de mantener a un funcionario si ya no existen las razones de urgencia y necesidad que justificaron en su momento el nombramiento sino que incluso pesa sobre ella la obligación de extinguir la relación interina¹⁹.

Particularmente relevante es la desaparición sobrevenida de la «necesidad», cuya concreción puede realizarse en su dimensión objetiva –amortización del puesto²⁰– o en la acepción subjetiva de conveniencia de prestación de las funciones, en cuyo caso será necesario controlar que la Administración no incurra en desviación de poder al invocar la desaparición de la necesidad de la prestación de las funciones cuando posteriormente en el mismo puesto nombra otro funcionario, sea interino, sea de carrera a título temporal²¹.

El polémico debate suscitado por los **«ceses de verano» de los funcionarios interinos en la docencia no universitaria** evidencia la relevancia de la «necesidad» como presupuesto de constitución y mantenimiento de la relación funcional interina. No obstante, esta perspectiva tradicional de la necesidad docente subyacente a la relación funcional interina se ha visto afectada por la argumentación relativa a la discriminación de la que los funcionarios interinos serían objeto respecto a los funcionarios de carrera, cuya relación permanece también en los meses de verano, pese a no haber actividad docente. De esta manera, en el análisis se han mezclado elementos estructurales de la relación (presupuesto de necesidad) con el contenido sustantivo de la misma (derechos de los funcionarios interinos), confundiendo en última instancia las argumentaciones. Este debate ha exigido no sólo la precisión de conceptos organizativos como «curso académico» o «período lectivo» sino que también ha propiciado la intervención de sucesivas instancias judiciales, incluida la europea, para aclarar la aproximación al problema desde la citada discriminación o desde los presupuestos y fundamentos de la relación interina.

Tradicionalmente el cese de los funcionarios docentes no universitarios al finalizar el curso se fundamentaba en la terminación de la necesidad que constituye el presupuesto de la relación interina. De ahí también que los nombramientos pudieran fijar el momento del cese por cuanto podían en ese momento inicial prever objetivamente la desaparición de la necesidad de desempeño de las funciones. Al abordarse la cuestión, en la práctica, desde la perspectiva estructural de la necesidad como presupuesto de la relación, resulta indiferente que el nombramiento lo sea en vacante o en razón de funciones o tareas derivadas de la programación docente (reconducible imprecisamente a la modalidad del «funcionario de programa»).

Como necesidad docente objetivada por el servicio público docente vemos un buen ejemplo en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 24 noviembre 1998²²:

«el ahora demandante fue nombrado funcionario interino del Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria por un período concreto y previamente determinado (del 4 de octubre de 1995 al 14 de septiembre de 1996), espacio temporal que coincide con la duración del curso académico 1995-1996. Este hecho, no cuestionado en su momento por el interesado, hace inconsistente la alegación de que su cese sólo podía tener lugar por la cobertura de la plaza en propiedad o por amortización de la misma, pues es incuestionable que su nombramiento tenía un período de vigencia (la duración del aludido curso académico), lo que además es coherente con los servicios docentes encomendados y con los mecanismos de cobertura de este tipo de plazas, que se verifican, cuando se trata de funcionarios que no son de carrera, por cursos académicos y teniendo en cuenta la puntuación obtenida en las pruebas selectivas de acceso al correspondiente Cuerpo docente. La tesis expuesta no se ve afectada por la circunstancia de

¹⁸ STSJ Andalucía, 3 enero 2001 (Rec. 173/2000): «el cese de los citados funcionarios interinos puede producirse cuando, a juicio de la Administración, cesen las razones de urgencia. Pero dicha apreciación de la Administración Pública está sujeta al control jurisdiccional pues el concepto de urgencia, como concepto jurídico indeterminado, no admite sino una solución única, o existe urgencia o no, y no cabe, por tanto, que arbitrariamente la Administración decida, sin criterio alguno o haciendo alusión a motivos inexistentes, cuando han cesado las causas de urgencia. En este sentido, en los presentes Autos la urgencia aludida ha sido interpretada de dos formas distintas por la Administración demandada. En primer lugar, en el nombramiento, en que se condicionaba dicha urgencia a que se incluyera la plaza en el Presupuesto de 1999 o éste no fuera objeto de aprobación. En segundo lugar, en el momento de acordar el cese en que la urgencia aludida se condicionó a que se reincorporara a su plaza original la funcionaria nombrada en otra plaza. Pues bien, de la documentación y prueba que consta en autos, como ya se ha expuesto, no se desprende que en el momento de cese de la actora en el proceso de instancia concurrieran ni una ni otra, por lo que procede la desestimación del Recurso de Apelación interpuesto».

¹⁹ STSJ Castilla y León, 8 noviembre 2002 (Rec. 431/2001).

²⁰ La decisión de amortización del puesto implica un juicio de desaparición sobrevenida de la necesidad del ocuparlo: STSJ de Murcia, 22 julio 2016 (38/2016).

²¹ Por ejemplo, en comisión de servicios: STSJ Galicia, 20 abril 2011 (376/2010) y STSJ Aragón, 4 noviembre 2015 (33/2014).

²² Rec. 1625/1996.

que la profesora a la que inicialmente sustituyó el actor renunciase a su condición de funcionaria de carrera en diciembre de 1995, ya que ese dato no confiere al interino el derecho a continuar en el desempeño de sus funciones más allá del tiempo previsto ni, en su caso, después de que la Administración considere que ya no concurren las razones de necesidad que motivaron el nombramiento»²³.

En la medida en que se consideraba que el devenir docente del curso académico determinaba que, finalizado el período lectivo en sentido estricto, desaparecía la necesidad de interinidad, lo fuera por vacante o por sustitución, no sólo los nombramientos individuales sino también las previsiones normativas e incluso presupuestarias (dotaciones en concepto de sustitución) fijaban sistemáticamente el 30 de junio como término objetivo de desaparición de la necesidad funcional que amparaba y justificaba el nombramiento inicial y la extensión temporal de la relación.

Sin embargo, este análisis de la cuestión se vio alterado por la introducción –vía Derecho europeo– de la perspectiva de igualdad de condiciones con funcionarios de carrera. En efecto, se invocó la Directiva 1999/70 y su prohibición de discriminación entre trabajadores de duración determinada y de duración indeterminada, para cuestionar los ceses de verano, adulterando, en última instancia, la argumentación, pues se mezclaban los planos de análisis: el estructural de los presupuestos y causas de la relación con el sustantivo de los derechos de la misma.

Como exponente de esta línea argumental podemos citar la STSJ de Extremadura de 23 de diciembre de 2011²⁴: «Una vez procedido a la designación del funcionario en el puesto, el que lo desempeñase habría de quedar sometido a las mismas condiciones que el funcionario de carrera, que en el sistema ordinario de provisión, le fueran aplicable; que no es desde luego, el cese durante la época estival por falta de la actividad docente –que no excluya la actividad profesional en todo caso–. En definitiva, que no se duda de la finalidad de la actividad que se recurre en orden a la necesaria economía en la gestión administrativa, evitando el nombramiento de una plaza por no existir actividad docente durante los meses de verano y volver a efectuar el nombramiento para el siguiente curso; sin embargo, ese cese no se produce –ni se habría producido– de haberse tratado de un funcionario de carrera, por lo que estando sometido al mismo régimen el sustituto, debe excluirse esa posibilidad. Y no es objetable a lo razonado el hecho de que no hubiera actividad alguna en el centro porque cabe pensar que si los profesores del centro siguen prestando sus servicios –exclusión hecha del preceptivo período vacacional–, cabe concluir que también ese concreto puesto tendría asignadas actividades durante ese período».

Pero mayor trascendencia tuvo la STS de 11 de junio de 2018, donde el Tribunal Supremo, en esa línea de igualdad de derechos, interpretó que curso escolar y período lectivo no se identifican, pues las funciones docentes de los puestos cubiertos interinamente permanecerían durante los meses de julio y agosto, por lo que los célebres «ceses de verano» con fecha 30 de junio no estarían justificados²⁵.

Sin embargo, la posterior Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Viejobueno Ibáñez, 21 de noviembre de 2018²⁶ recondujo el análisis precisamente a los elementos estructurales de la relación temporal, lo cual no dejó de ser sorprendente para aquellos que precisamente forzaron la argumentación sustantiva de igualdad de derechos con la intención de obviar los presupuestos organizativos de la relación funcional interina. El Tribunal de Justicia nunca ha demonizado las relaciones temporales: sólo lo ha hecho con su abuso. Y si encuentra efectivamente fundamentadas las necesidades temporales no permite que la perspectiva de prohibición de discriminación desvirtúe aquellas.

²³ «En efecto, tanto la Orden de 28 febrero 1986 (RCL 1986\876) como la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Sentencias de 12 mayo 1986 [RJ 1986\2912], 14 abril 1997 [RJ 1997\3313] y 12 enero 1998 [RJ 1998\819], entre otras), proclaman que la relación funcional del interino es esencialmente temporal y puede finalizar por libre remoción de la Administración en tanto desaparezcán a juicio de la misma las razones de necesidad o urgencia que motivaron el nombramiento, pues dichos funcionarios no gozan del derecho de inamovilidad. Así, es patente que la norma somete la continuidad del interino al criterio administrativo sobre el mantenimiento de las condiciones que motivaron su nombramiento, de tal manera que, al corresponder a la Administración la determinación de las necesidades personales que precisa para el cumplimiento de sus fines, ese juicio subjetivo –consecuencia de su facultad de auto organización– debe ser respetado salvo que se acredite que ha hecho uso de tal potestad con, finalidades distintas de las previstas en el Ordenamiento jurídico. En el presente caso, según se ha visto, el nombramiento del recurrente durante un curso académico tenía por finalidad garantizar el correcto desarrollo de la actividad docente, de manera que debe considerarse ajustado a Derecho el cese del interesado al término del curso 1995-1996, momento en el que dejaron, de existir las razones de necesidad que justificaron la cobertura interina de la plaza; motivos que provocan la íntegra desestimación del recurso».

²⁴ Rec. 217/2011.

²⁵ STS de 11 de junio de 2018.

²⁶ Asunto C-245/2017.

Así, en esta Sentencia, el Tribunal de Justicia constata que, siendo en principio comparables las situaciones de los funcionarios docentes interinos y de carrera atendiendo a sus funciones, en realidad la diferencia de trato invocada –el cese al finalizar el período lectivo– «deriva únicamente del hecho de que la relación de servicio de los interesados finalizó en una fecha determinada, mientras que la de los docentes que eran funcionarios de carrera se mantuvo después de dicha fecha», pero «tal circunstancia constituye la característica fundamental que distingue una relación de servicio de duración determinada de una relación de servicio por tiempo indefinido. En efecto, el hecho de que, en la fecha de finalización de las clases, no se extinga la relación de servicio de los docentes que son funcionarios de carrera o de que esta relación no se suspenda es inherente a la propia naturaleza de la relación de servicio de estos empleados. En efecto, estos están llamados a ocupar una plaza permanente precisamente porque su relación de servicio es por tiempo indefinido. En cuanto a las relaciones de servicio de duración determinada, como las de los interesados, se caracterizan en cambio, como se desprende de la cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo Marco, por el hecho de que el empleador y el empleado acuerdan, cuando se inicia la relación, que esta se extinguirá cuando se produzca una circunstancia fijada de manera objetiva, como la finalización de una tarea determinada, el advenimiento de un acontecimiento concreto o, incluso, una fecha concreta».

Concluyendo, en este primer punto, que «el Acuerdo Marco reconoce en principio la legitimidad de recurrir a relaciones de servicio por tiempo indefinido y también de hacerlo a relaciones de servicio de duración determinada, y, en la medida en que no establece en qué condiciones se puede hacer uso de unas y de otras, no cabe sancionar, sobre la base de dicho Acuerdo, una diferencia de trato como la que es objeto del litigio principal, consistente en el mero hecho de que una relación de servicio de duración determinada se extingue en una fecha dada, mientras que una relación de servicio por tiempo indefinido no se extingue en esa fecha».

Rebate también la argumentación de la Comisión según la cual «la mera naturaleza temporal de la relación de servicio no puede constituir una “razón objetiva” que pueda justificar una diferencia de trato en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco». Pero según el Tribunal de Justicia, esta diferencia de trato «es inherente a la coexistencia de relaciones de servicio por tiempo indefinido y de duración determinada y no puede estar cubierta por la prohibición recogida en dicha cláusula, so pena de eliminar cualquier diferencia entre estas dos categorías de relaciones de servicio.». Esto es, la prohibición de discriminación no puede abocar a una confusión de las relaciones temporales y permanentes pues sus presupuestos son cualitativamente diferentes.

Al amparo de esta Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Supremo revisó su doctrina de 2018, sentando, en su Sentencia de 9 de julio de 2019²⁷, «que el cese de los funcionarios docentes interinos de los Cuerpos Docentes no universitarios al final del período lectivo del curso escolar, basado sólo en la causa de que en los dos meses restantes de éste (julio y agosto) desaparece la necesidad y urgencia que motivó su nombramiento, no comporta un trato desigual no justificado con respecto a los funcionarios docentes fijos o de carrera».

Esta doctrina se fundamentaba en un desarrollo argumental relativamente sucinto, que en última instancia descansaba en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en particular, Viejobueno). Dicha argumentación señalaba, si bien los funcionarios interinos ejercían las mismas funciones que los docentes que eran funcionarios de carrera y, por tanto, resultaban funcionarios comparables, existía una razón objetiva que amparaba que la finalización del período lectivo recibiera un tratamiento diferenciado entre los docentes en función de que sean funcionarios interinos o funcionarios de carrera. Esa diferencia de trato derivaría únicamente del hecho de que la relación de servicio de los funcionarios interinos finaliza en una fecha determinada, mientras que la de los docentes que eran funcionarios de carrera se mantiene después de dicha fecha.

Esta fundamentación vendría enriquecida posteriormente por la STS de 16 de julio de 2020²⁸ que, además de abordar una perspectiva complementaria de igualdad de atribución de funciones, respecto a la cuestión estricta del cese en los meses de verano por desaparición de la necesidad de la relación añadió que la comparabilidad de la situación de los funcionarios interinos –que ejercen las mismas funciones que los docentes que son funcionarios de carrera– no impide que, en atención a circunstancias objetivas –como concretamente la fijación de una fecha predeterminada objetivamente como determinante del cese–, éste

²⁷ Rec. cas. núm. 1930/2017.

²⁸ Rec. 793/2018. En idéntico sentido, SSTS de 12 de noviembre de 2020 (Rec. 6469/2018) y de 3 de diciembre de 2020 (Rec. 1809/2019).

sea acordado por la Administración por razones objetivas, a diferencia de los trabajadores fijos comparables, los funcionarios de carrera. Y es que el cese de los funcionarios interinos responde a la finalización de la causa que motivó cada uno de sus nombramientos como funcionaria interina, siendo tal causa objetiva la finalización del respectivo período lectivo del curso escolar, que se produjo el 30 de junio, y sobre la base de una configuración previa de la relación jurídica de servicio de tiempo determinado, que tuvo en cuenta de manera predeterminada el efecto extintivo de la finalización del período lectivo.

Para el Tribunal Supremo,

«La elección de una relación de servicio de duración determinada deriva únicamente de una razón objetiva, la introducción de nuevas medidas organizativas en la prestación del servicio público de educación, en particular en la actividad genuinamente docente, encaminadas además a la consecución de un objetivo de interés público igualmente relevante, cómo es la reducción del déficit público, y establecidas en una norma de rango legal, como son las disposiciones presupuestarias con rango de ley a que hace referencia la Administración recurrente. Esta elección de una relación de servicio determinada, justifica un trato diferenciado entre los docentes, en función de que sean funcionarios interinos o funcionarios de carrera, dado que la relación de servicio de la interesada finalizó en unas fechas determinadas, como la de los demás interinos docentes, esto es, en aquellas en que se produjeron la finalización de las necesidades lectivas del curso escolar y, por ende, la extinción de las causas que determinaron su nombramiento, lo que además estaba previsto en sus nombramiento de forma objetiva y predeterminada, mientras que la de los docentes que eran funcionarios de carrera se mantuvo después de dicha fecha, correspondiendo a los mismos realizar todas cuantas labores administrativas y organizativas son propias del período no lectivo del curso escolar, y están establecidas en las ordenes reguladoras de la programación de los sucesivos cursos escolares. Por tanto, la proscripción de discriminación en el tratamiento, a tenor del estatuto jurídico de funcionarios de carrera y funcionarios interinos, no ha sido vulnerada. Además, las razones de índole organizativa consideradas por la Administración para la determinación de manera predeterminada de la fecha de finalización de la relación de servicio (finalización del período lectivo del curso escolar), en cuanto fundadas en un objetivo de naturaleza pública igualmente relevante, no pueden tacharse por sí mismas de medidas de trato discriminatorio para los funcionarios interinos».

2. «Estabilidad subjetiva»: la desvinculación del funcionario interino del puesto de trabajo

La estabilidad de los funcionarios interinos también se alcanza relativizando uno de los elementos esenciales de la relación funcional interina, cual es la vinculación de ésta al puesto de trabajo, caracterizándola así por su naturaleza objetiva. Esto quiere decir que dicha relación existe y subsiste por referencia a un puesto o a una función, mientras que en el caso de los funcionarios permanentes de carrera su relación jurídica con la Administración no precisa del presupuesto del elemento objetivo «puesto» o «función».

De esta manera, la relación jurídica de los funcionarios permanentes de carrera es subjetiva, pues atiende al sujeto de dicha relación, conformando una condición personal y, en definitiva, un estatuto jurídico subjetivo desvinculado del puesto en cuanto que elemento objetivo. Sin embargo, el puesto o función —elementos objetivos de la organización administrativa— constituye un presupuesto esencial de la relación funcional interina, razón por la cual la Ley de Funcionarios Civiles de 1964 los clasificaba significativamente como «funcionarios de empleo». Por ello, la desaparición del puesto vía amortización constituye causa de cese del funcionario interino, mientras que en el caso de los funcionarios permanentes de carrera su relación jurídica pervive a pesar de dicha amortización, estando obligada la Administración, en tal caso, a adscribir provisionalmente al funcionario de carrera a otro puesto, no pudiendo, en cambio, acordar la pérdida de la condición de funcionario.

La inextricable relación del funcionario interino con su puesto de trabajo o con las funciones que desempeña lleva a cuestionar que sea posible interrumpir el servicio que presta al amparo de derechos que, no obstante, supondrían el mantenimiento de la relación y excluirían la posibilidad de extinción de la relación. No se trata tanto de técnicas por las que formalmente la Administración desvincula al funcionario interino del puesto (remoción o sanción disciplinaria) sino del ejercicio por éste de derechos —incluidas las situaciones administrativas que articulan derechos— que producen la suspensión funcional de la relación. La aparente contradicción de este efecto suspensivo de la prestación de funciones con la esencia de la interinidad ex-

plica que, sustantivamente, haya sido considerado un aspecto que no sería «adecuado a la naturaleza de su condición» funcional interina y, formalmente, causa del cese de la relación. En última instancia, la suspensión de la relación al amparo de diferentes títulos implica la reserva del puesto, reserva que en principio es un derecho específico de quienes lo ostentan en propiedad²⁹ y para quienes su relación jurídica con la Administración crea un estatuto subjetivo desvinculado del puesto. Más aún si la suspensión del servicio activo del funcionario interino trae causa de una situación administrativa que *a fortiori* ni siquiera conlleve la reserva del puesto.

Éste último sería el caso de la excedencia voluntaria por interés particular, que tradicionalmente tanto la doctrina³⁰ como la jurisprudencia³¹ negaban a los funcionarios interinos. Por ello resulta de gran interés la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 16 de septiembre de 2020³², que reconoce a un funcionario que llevaba prestando siete años de servicio el derecho a la excedencia voluntaria por interés particular. La Administración rechazó su concesión –entre otros argumentos– porque la razón de ser del funcionario interino es la prestación de las funciones de un puesto, además de que, al estar vinculado el nombramiento de un funcionario interino a un determinado puesto y no conllevar la excedencia voluntaria reserva del mismo, sería imposible su reingreso.

Sin embargo, la duración prolongada de la relación interina lleva a la Sentencia a señalar que, «siendo cierto que la excedencia voluntaria por interés particular supone la cesación temporal de la prestación de servicios, sin extinción de la relación jurídica estatutaria, que mantiene el funcionario de carrera con la administración pública en la que se integra, y que este efecto de no suprimir la relación jurídica estatutaria tan sólo tiene sentido cuando ésta tiene carácter permanente, pero no cuando el vínculo tiene naturaleza temporal», la razón de ser de esta última diferenciación «se desvanece» cuando la «relación temporal» dura más de siete años. Por tanto, la duración temporal excesiva ampararía la suspensión de la relación.

Y en lo que respecta al argumento de la Administración de que, al estar vinculado el nombramiento interino a un puesto de trabajo y no conllevar la excedencia voluntaria por interés particular reserva de puesto de trabajo, sería imposible su reingreso, la Sentencia señala que ni siquiera el funcionario de carrera que pasa a la situación de excedencia voluntaria por interés particular tiene reserva de puesto de trabajo, pudiéndosele denegar el reingreso si no hay puesto vacante de su cuerpo o escala, por lo que, de igual forma –razona la Sala– el funcionario interino podría «solicitar su reingreso a través de la adscripción provisional, sujeto siempre a las necesidades de la administración». Este es, sin duda, el argumento más forzado de la sentencia, pues implícitamente está dotando a la interinidad funcional de una condición de estatus subjetivo de la que carece, desligándola del puesto de trabajo que le confiere precisamente ese carácter objetivo a la relación.

En efecto, el hecho de que la excedencia voluntaria por interés particular no implique reserva de puesto produce una desvinculación formal y voluntaria del funcionario interino del puesto en el que fue nombrado. No se trata, por tanto, de una desaparición de la necesidad subyacente a la relación interina por decisión organizativa de la Administración (v. gr. amortización del puesto o remoción del funcionario interino) sino de la voluntad del funcionario interino no ya de suspender su desempeño del puesto o función sino de finalizarlo, manteniendo en cambio la relación funcional. Y es que esa finalización deriva de la imposibilidad de volver al puesto al terminar la excedencia, por la ya mencionada carencia de reserva de puesto en el régimen jurídico de dicha situación administrativa.

Escindido el funcionario interino de su puesto, su relación jurídica perviviría como estatus subjetivo o como condición personal. Esta era precisamente una de las características diferenciadoras de los funcionarios interinos y de los funcionarios de carrera, pues dicho estatus subjetivo se predicaba como exclusivo de estos últimos. En principio y a la vista de la reconceptualización del funcionario interino por mor de la evolución que está propiciando en particular el Derecho europeo³³, sería posible manejar la hipótesis de que también los funcionarios interinos gozaran de un estatus subjetivo y no objetivo por la pervivencia de la relación funcional interina desligada del puesto o función. Pero para ello habría que afirmar la aplicabilidad de las técnicas que posibilitan la subsistencia de la relación funcional desvinculada del puesto, encauzando

²⁹ STSJ Andalucía, 13 febrero 2020 (Rec. 2241/2019), que niega la posibilidad de que los funcionarios interinos puedan ser nombrados en puestos o cargos directivos intermedios, nombramiento que implicaría suspensión de la relación funcional interina y reserva del puesto que desempeña a título temporal.

³⁰ Véanse los sólidos argumentos de SÁNCHEZ MORÓN, M., *Régimen jurídico ... op. cit.*, pág. 94 y ss.

³¹ Por ejemplo, STSJ Galicia, 21 enero 1998 (Rec. 2002/1994).

³² Rec. num. 353/2017.

³³ Vid. CANTERO MARTÍNEZ, J.: "El funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura" en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 12, enero-junio 2017, págs 8-29.

la nueva asignación de otro puesto para hacer posible el reingreso al servicio activo de los funcionarios. Así lo hace la Sentencia que comentamos, considerando factible la adscripción temporal del funcionario interino a un nuevo puesto, si bien el régimen de dicha adscripción no parece adecuado, pues exigiría del funcionario interino la participación en las convocatorias de provisión del puesto, cuando tal participación le estaría vedada. E incluso desde la perspectiva del propio régimen del funcionario interino, la adscripción implica un nuevo nombramiento sin seguir los procedimientos de selección de los funcionarios interinos, conculcando los derechos del resto de candidatos de tales procedimientos.

Todo ello permitiría concluir que, aun admitiendo derechos laborales que amparan la suspensión del desempeño activo de las funciones de puesto (caso obvio de vacaciones e incapacidades temporales), resulta complejo admitir la suspensión del servicio activo vía situaciones administrativas que implican reserva de puesto³⁴ y casi imposible cuando no existe tal reserva, lo que no haría sino confirmar la naturaleza objetiva de la relación funcional interina por su vinculación a un determinado puesto.

Pero además de la desvinculación voluntaria del puesto a través de situaciones administrativas sin reserva del mismo, aquella puede ser el resultado unilateral de la actuación de la Administración. Tal es el caso de la remoción por alteración del contenido del puesto o por falta de capacidad para su desempeño³⁵, que mientras que para los funcionarios de carrera limita sus efectos a la pérdida del puesto pero perviviendo la relación funcional, en el supuesto de los funcionarios interinos la remoción determinaría la extinción de dicha relación. Tal singularidad del régimen funcional interino ha sido cuestionada incluso como discriminatoria respecto a los funcionarios de carrera, valoración que tradicionalmente era rechazada³⁶ pero que últimamente, en virtud del Derecho europeo, ha sido admitida.

En efecto, el Tribunal Supremo ha terminado por cuestionar que la remoción en el puesto de trabajo del funcionario interino pueda constituir una causa de cese en su relación funcional. La Sentencia de instancia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 9 de mayo de 2016³⁷ declaró la nulidad de una norma³⁸ que establecía como causa de cese del personal interino en el puesto de trabajo que viniera desempeñando y la exclusión de la bolsa de trabajo vigente la manifiesta falta de capacidad así como el rendimiento insuficiente, cuando no comportara responsabilidad disciplinaria. Y lo hizo por considerar que en realidad se trataba de una sanción encubierta y no se respetaba el art. 25.1 de la Constitución, que impone el principio de legalidad de infracciones y sanciones. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 21 de noviembre de 2017³⁹, parte de la equiparación de regímenes entre los funcionarios de carrera e interinos de la Administración de Justicia y señala que «la medida de cese no está prevista para los funcionarios titulares en los supuestos en que se aprecie la manifiesta falta de capacidad o el rendimiento insuficiente en el desempeño de su puesto de trabajo».

A continuación, descarta el razonamiento según el cual la carencia de estabilidad en el empleo sería una razón que justificaría la diferencia objetiva en el trato a los funcionarios interinos, al permitir acordar el cese por razones que no tenían por qué estar previstas para los funcionarios de carrera. Que el funcionario interino no tenga derecho a la fijeza en el puesto de trabajo no significa que no tenga derecho a la estabilidad en el empleo, dentro de las peculiaridades de su régimen, y por ello, su cese solo podrá acordarse como de una de las causas previstas en la Ley o como consecuencia de la imposición de la sanción de separación del servicio, cuando incurra en infracción disciplinaria muy grave. En todo caso, la normativa que establezca las causas de cese habrá de respetar los principios legales que regulan la relación de servicio del funcionario

³⁴ Aunque la jurisprudencia, al amparo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [*Vega González*, 20 diciembre 2017 (C-158/16)], admite el derecho a los servicios especiales del funcionario interino: STS de 14 de octubre de 2020 (Rec. 6333/2018).

³⁵ Sobre la remoción en cuanto técnica de cese de funcionarios de carrera en puestos obtenidos por concurso, *vid.* PARADA, R. y FUENTETAJA, J., *Derecho de la Función Pública*, 2.ª ed., Civitas, 2019, págs. 349-351.

³⁶ STS de 29 de octubre de 2010 (Rec. 4575/2007): «las notas diferenciales que acaban de exponerse son las que impiden compartir la tesis mantenida por el recurso sobre esas cuestiones sustantivas de las que se viene hablando, y así debe ser por lo siguiente: (a) el funcionario interino ha de reunir los requisitos de capacidad que en cada momento resulten necesarios para el desempeño de los puestos cuya atención resulta conveniente en razón de esas circunstancias de urgencia y necesidad y, además, sus derechos duran, como ya se ha dicho, en tanto subsisten esas circunstancias que determinan su nombramiento; y (b) por el contrario, el carácter permanente que caracteriza al funcionario de carrera hace que los cambios que se introduzcan en su estatuto impongan como necesarias unas modulaciones o excepciones que, para aquellos que ingresaron con unos requisitos diferentes a los nuevamente exigidos, hagan posible esa continuidad o permanencia que por imperativo legal caracteriza a su vínculo de servicios».

³⁷ Rec. 284/2015.

³⁸ Se trataba de la Orden de 2 de marzo de 2015, sobre selección y nombramiento de personal funcionario interino de los Cuerpos al servicio de la Administración de Justicia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

³⁹ Rec. núm. 2996/2016.

interino, principios que el Tribunal Supremo considera «presididos por el mandato de no discriminación, por lo que, en la expresión de la cláusula 4 del anexo de la Directiva 199/70, no se les podrán imponer ninguna condición “[...] menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas”».

Y discriminación es lo que el Tribunal Supremo aprecia cuando a los funcionarios de carrera cesados por incompetencia se les adscribe a otro puesto, mientras que a los funcionarios interinos que adolecen del mismo defecto se les cesa en su condición funcional interina. Más aún, refuerza su argumentación al amparo de la Directiva 1999/70 para afirmar no sólo la estabilidad de los funcionarios interinos en este tipo de situaciones sino también su estatus jurídico:

«No cabe negar que en determinadas situaciones o respecto a determinados puestos de trabajo, se pueda constatar que el tiempo que el funcionario interino necesita para adaptarse a los requerimientos específicos, unido a la temporalidad intrínseca a la situación de vacante, requerirá de alguna medida para garantizar la adecuada prestación del servicio público. Pero tales situaciones pueden solucionarse bien con el necesario apoyo al funcionario interino, para adquirir las destrezas y capacidades necesarias mediante las actuaciones de formación específicas, bien, en última instancia, con la reubicación en otro puesto de trabajo demandado de cobertura por funcionario interino, satisfaciendo de esta forma el mandato de trato no menos favorable que el personal fijo equiparable (funcionario de carrera) que impone la Directiva 1999/70. Las obligaciones de promoción de las oportunidades de trabajo constituyen parte de las obligaciones que debe respetar la Administración como empleadora de personal interino, y así lo establece la cláusula 6 del anexo de la Directiva 199/70 sobre obligaciones del empleador sobre información y oportunidades de empleo, cuando prevé que “[...] (cláusula 6) [...] 2. En la medida de lo posible, los empresarios deberán facilitar el acceso de los trabajadores con contrato de duración determinada a las oportunidades de formación adecuadas para mejorar su cualificación profesional, el desarrollo de su carrera laboral y su movilidad profesional”. La medida de cese prevista en la orden impugnada desconoce por completo esta obligación de promover y adoptar medidas de formación como medio para superar el desajuste entre las habilidades del funcionario interino y los requerimientos del puesto de trabajo, y además cercena injustificadamente sus oportunidades de carrera laboral y movilidad profesional, al excluirle de la bolsa de empleo y, por tanto de optar a otro nombramiento».

Al final el Tribunal Supremo concluye que la consecuencia del cese en la relación funcional interina ante la falta de idoneidad o capacitación para el desempeño del puesto o de las funciones «resulta incoherente y por ello injustificado, por la propia configuración del sistema de acceso a la bolsa de empleo –que atiende y garantiza el respeto a los principios de mérito y capacidad–». Diferente cuestión es la consecuencia consistente en la exclusión de la bolsa de trabajo, la cual, en sí misma, es ajena a la estricta relación jurídica funcional interina. Si ésta sí puede verse afectada de alguna manera por la inidoneidad revelada a posteriori para el ejercicio del puesto, dicha inidoneidad respecto a un puesto no tiene por qué afectar a la presencia de la persona en cuestión en la bolsa de trabajo⁴⁰. Por ello se entiende que el Tribunal Supremo considere que la exclusión de la bolsa por ser cesado en el puesto resulta una medida desproporcionada –«pues impide que el funcionario interino pueda ser nombrado para otro puesto de trabajo en que no se observara aquel desajuste» entre habilidades del funcionario interino y los requerimientos del puesto de trabajo– y además debe calificarse como «aflictiva y objetivamente indistinguible de la sanción de cese», por lo que cabría considerarla contraria al art. 25.1 de la Constitución, por no venir tipificada legalmente como tal infracción.

3. «Estabilidad discontinua»: las bolsas de trabajo

Otra técnica de estabilización de las interinidades deriva indirectamente de las listas o bolsas de interinos. Estas listas o bolsas se confeccionan mediante procesos selectivos con una vigencia temporal determinada y, a partir de ella, se producen los concretos nombramientos al concurrir los presupuestos y circuns-

⁴⁰ Esa relativización de las consecuencias y alcance de la inidoneidad se encuentra también en STSJ Aragón, 16 mayo 2005 (Rec. 65/2004).

tancias que los amparan. Se produce así la equívoca consecuencia de permanencia vía listas o bolsas que induce a pensar en la interinidad funcional como una «condición» o como un estatus⁴¹. De esta forma, el funcionario interino puede cesar en la relación funcional pero permanece en la bolsa de interinos, lo que, según los criterios de gestión de las mismas, le garantiza nuevos nombramientos (estabilidad discontinua). Esta vigencia de las bolsas o listas propicia una sucesión –aun interrumpida– de relaciones funcionariales interinas que, en determinadas circunstancias o ámbitos sectoriales (por ejemplo, educación) pueden permitir considerar que no se ha producido «una ruptura de la unidad esencial del vínculo existente entre las partes»⁴². De ahí que se pueda hablar más bien de estabilidad o continuidad no tanto de relaciones jurídicas como de situaciones interinas.

Obviamente, la continuidad de nombramientos vía bolsas o listas no es lo más acorde con las características de la figura del funcionario interino, pues resultan «incompatibles por definición con marcos de estabilidad y permanencia en puestos de trabajo, propios de los funcionarios de carrera y, en menor medida también del personal laboral fijo, que sólo después de superados los correspondientes procesos de selección adquirirán el status y vinculación permanente con las administraciones a las que sirvan»⁴³. Pero lo cierto es que constituye un sistema eficiente y eficaz para organizar los nombramientos y responder así a la urgencia que presuponen. El problema es cuando la regulación, duración y gestión de las bolsas propicia esos «marcos de estabilidad» que generan expectativas en los afectados de permanencia en la situación laboral. El uso y abuso de las listas y bolsas de interinos no es un fenómeno ajeno al del uso y abuso de las interinidades, del que no están exentos los propios afectados, en particular a través de la negociación colectiva protagonizada por las organizaciones sindicales, pues la regulación no ya legislativa sino incluso reglamentaria de estas bolsas es prácticamente inexistente o insuficiente.

4. «Estabilidad tuitiva»: protección de la relación interina como criterio interpretativo

La protección de la relación funcional interina se erige en criterio interpretativo a la hora de aplicar la normativa cuando pudiera determinar el cese, ponderando o primando su permanencia frente a otros bienes o derechos.

Así lo observamos en los casos de cese de funcionarios interinos ante nombramientos de funcionarios de carrera a título temporal, mediante comisiones de servicio⁴⁴ o adscripción provisional⁴⁵, donde se discute si la ausencia de carácter definitivo de la ocupación de la vacante por el funcionario de carrera resulta adecuada a efectos de extinguir la relación funcional interina.

Esta protección de la relación interina la encontramos con mayor alcance en los supuestos de conversión de la modalidad de la relación funcional interina para evitar el cese. En efecto, algunos Tribunales han recurrido a la conversión de la modalidad de interinidad para preservar la relación funcional, evitando así el cese por finalización de la causa que dio origen al nombramiento. Este supuesto se produce sobre todo en casos de funcionarios interinos de sustitución que, al perder el titular del puesto el derecho de reserva sobre el puesto (por ejemplo, por jubilación), abocarían en principio al cese de la relación funcional interina. Sin embargo, algunos Tribunales entienden que, en tales casos, aunque finaliza la causa de sustitución, existe otra causa –la vacante– que ampararía la conversión de la interinidad.

⁴¹ STS 16 julio 2020 (Rec. 793/2018).

⁴² STSJ La Rioja, 4 mayo 2020 (Rec. 92/2019), donde el Tribunal hace una exposición de los hechos que trasciende la descripción fáctica para introducir la valoración jurídica decisiva que se recoge en el texto principal: «Del examen del expediente administrativo resulta que doña Enriqueta es profesora interina de enseñanza secundaria desde su primer nombramiento el 15 de septiembre de 2001 hasta el nombramiento que finaliza el 31 de agosto de 2018, en diferentes Institutos de Educación Secundaria, con o sin solución de continuidad, dados los ceses con motivos de los períodos estivales, en algunas ocasiones. La solicitud presentada por la ahora apelada se fundamentó en que venía prestando servicios para la citada Consejería desde el curso académico 2001/2002, en virtud de sucesivos nombramientos como funcionario docente interino. Desde el 16 de septiembre de 2005, los nombramientos anuales han sido para la especialidad Física y Química y Matemáticas. Al finalizar un vínculo era automáticamente nombrada para el curso siguiente, produciéndose escasas y cortas interrupciones, coincidentes con las vacaciones anuales, que no pueden ser consideradas como una ruptura de la unidad esencial del vínculo existente entre las partes».

⁴³ STSJ País Vasco, 29 noviembre 2002 (33/2001).

⁴⁴ A favor del cese, por ejemplo, SSTSJ Andalucía, 27 junio 2002; Cataluña, 22 febrero 2012; Madrid, 25 abril 2014, que se acentúan a la argumentación literal de que, siendo la comisión de servicios, una forma de provisión de puestos de trabajo, el nombramiento en tal calidad de un funcionario de carrera supone la ocupación de la vacante. En contra, SSTSJ Madrid, 30 diciembre 2009 y Cataluña, 26 septiembre 2005, que entienden que no concurre urgencia y necesidad para el nombramiento en comisión de servicios de un funcionario de carrera porque el desempeño del puesto por funcionario interino impide apreciar tales presupuestos.

⁴⁵ STSJ Madrid, 19 febrero 2016; STSJ Galicia, 8 julio 2015.

El objetivo es, pues, la protección de la relación si al concurrir causa de cese se da el supuesto de hecho de otra modalidad de interinidad. Como señalábamos, así lo han entendido algunos Tribunales contenciosos⁴⁶, que abogan por la continuidad de la relación funcional interina, transformando su título: de sustitución a vacante. Invocan, para ello, una Jurisprudencia Social⁴⁷ –alumbrada cuando los Tribunales de dicho Orden conocían del contencioso del personal sanitario– según la cual no sería jurídicamente correcto el cese de personal interino de sustitución con la finalidad de que sea nombrado otro empleado público con el mismo carácter de interinidad, pues tal solución sería contraria «a la propia naturaleza de la interinidad y a los principios de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE) y de la estabilidad en el empleo, aunque tal estabilidad ha de entenderse referida a la conservación del puesto de trabajo con carácter interino hasta el momento en que se produzca su cobertura definitiva u otra causa justificativa del cese. Con fundamento en la normativa mencionada cabe afirmar que la interinidad se funda en la necesidad de cubrir provisionalmente una plaza que se halla vacante, bien por corresponder a titular facultativo con derecho a reserva de la misma, bien por no hallarse cubierta aún reglamentariamente. Debe estimarse que estas situaciones son alternativas, sin que haya impedimento alguno para que una suceda a la otra, “pues la necesidad de suplencia provisional que originó el nombramiento persiste en el tiempo aunque la causa haya variado”, de modo que “no resulta procedente fraccionar esta necesidad de sustituir a un titular en períodos distintos porque haya variado la causa” (STS, Sala 4.ª, de 29 de enero de 1994)»⁴⁸.

IV. CONCLUSION

Pese a la temporalidad de su relación, el funcionario interino responde estructuralmente a una necesidad institucional de la Función Pública: el desempeño de funciones públicas no permanentes por personal sometido a un régimen jurídico-administrativo que articule y pondere los derechos del empleado público con las exigencias que se deriven de tales funciones públicas.

De ahí que sea necesario erradicar la visión peyorativa del funcionario interino como un fenómeno anómalo, patológico, imperfecto o incompleto⁴⁹ en el seno de la Función Pública. Por el contrario, es preciso concebirlo como un instrumento jurídico al servicio de la Administración para satisfacer necesidades temporales. No se trata de fomentar su presencia sino de entender su positiva funcionalidad para poder así regular cabalmente el régimen jurídico de los funcionarios interinos, el cual debe articular y garantizar la temporalidad que le es inherente, evitando prolongaciones de la relación desproporcionadas y abusivas, pero dotando a la relación de servicio interina de una estabilidad que impida no sólo la merma y discriminación en sus derechos sino también una precariedad en sus condiciones que haga inidónea su posición jurídica para desempeñar con eficacia, independencia y objetividad sus funciones, por muy interinas o temporales que éstas sean.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOLTAINA BOSCH, X. (2018): “Los procesos selectivos «blandos» y sus efectos sobre la profesionalización del empleo público”, en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, número Especial 2, págs. 140-155.
- BOLTAINA BOSCH, X. (2020): “La estabilización de personal temporal e interino para el 2020 con Presupuestos Generales del Estado prorrogados”, en *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, núm. 3, págs. 47-56.
- CANTERO MARTÍNEZ, J. (2017): “El funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura”, en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 12, págs. 8-29.
- FUENTETAJA PASTOR, J. A. (2018): *Función Pública y Derecho europeo*. Cizur Menor (Navarra): Civitas.

⁴⁶ STSJ Extremadura, 22 mayo 2001 (Rec. 132/1998); STSJ Madrid, 12 enero 2002 (Rec. 1120/1998). En contra, STSJ Comunidad Valenciana, 19 enero 2001 (Rec. 1268/1997).

⁴⁷ SSTS, Sala de lo Social, de 19 de mayo de 1997, 25 de octubre y 29 de enero de 1994, 21 de septiembre de 1993 y 30 de noviembre de 1992.

⁴⁸ STSJ Extremadura, 22 mayo 2001 (Rec. 132/1998).

⁴⁹ STSJ País Vasco, 19 julio 2002 (Rec. 369/2000): que habla de «dar plenitud a la relación jurídica, hasta entonces decididamente incompleta», de los funcionarios interinos mientras no se conviertan en funcionarios de carrera superando los correspondientes procesos selectivos.

- FUENTETAJA PASTOR, J. A. (2020): “La utilización abusiva de los funcionarios interinos ante el derecho europeo: entre la transformación en funcionarios de carrera y el derecho a indemnización”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 212, págs. 201-230. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.212.07>.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M. (2019): “Concepto y clases de empleados públicos”, en IZQUIERDO, M.; LÓPEZ BENÍTEZ, M. (coords.): *Derecho Administrativo. Tomo IV*, pág. 57. Madrid: Tecnos.
- NAVARRO NIETO, F. (2010): “Los planes de estabilización del empleo temporal en el Estatuto Básico del Empleado Público”, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 103, págs. 67-98.
- PARADA VÁZQUEZ, J. R.; FUENTETAJA PASTOR, J. A. (2019): *Derecho de la Función Pública*, págs. 349-351. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2.ª ed.
- ROQUETA BUJ, R. (2020): “Los procesos de estabilización del empleo temporal en las administraciones públicas” en *Revista de Derecho Administrativo vLex*, núm. 1, págs. 9-45.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2012): “Informe jurídico sobre el deber de las Administraciones Públicas de incluir en la oferta de empleo público las plazas vacantes ocupadas por personal interino o temporal y publicar en plazo las correspondientes convocatorias de selección”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 187, págs. 379-395.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2019): “La consagración del funcionario interino indefinido”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 208, págs. 223-238.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2020): *Régimen jurídico de los funcionarios interinos*, págs. 41-44. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.



Documentación Administrativa, número 7, enero-diciembre de 2020
Sección: ARTÍCULOS
DOI: <https://doi.org/10.24965/da.i7.10893>
Páginas: 104-125

Administración digital y teletrabajo

Digital administration and teleworking

Susana E. Castillo Ramos-Bossini
Universidad de Granada (España)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2993-8065>
susanacrbossini@ugr.es

NOTA BIOGRÁFICA

Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada. Entre sus líneas de investigación se encuentran la responsabilidad de los cargos públicos, transparencia e integridad y administración digital.

RESUMEN

El presente estudio aborda la evolución de la normativa española sobre teletrabajo, desde la normativa existente con carácter previo a la pandemia, a las recientes reformas de la normativa básica en materia de empleo público. Más allá de ello, expone, sintetiza, y reflexiona críticamente sobre los elementos de cambio necesarios en dicha normativa para abordar un fenómeno que, con independencia de las concretas circunstancias vividas a lo largo de esos meses, debiera implicar un cambio cultural y organizativo de nuestras Administraciones Públicas.

PALABRAS CLAVE

Teletrabajo; pandemia; Administración digital; innovación; empleados públicos.

ABSTRACT

This study addresses the evolution of Spanish regulations on teleworking, from the existing regulations prior to the pandemic to the recent reforms of basic regulations on public employment. Beyond this, it exposes, synthesizes, and critically reflects on the elements of change necessary in said regulations to address a phenomenon that, regardless of specific circumstances experienced throughout those months, should imply a cultural and organizational change in our Public Administrations.

KEYWORDS

Telework; pandemic; digital administration; innovation; public employees.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: ADMINISTRACIÓN DIGITAL Y TELETRABAJO. II. EL TELETRABAJO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA ETAPA PRE-COVID. II.1. EL TELETRABAJO EN LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO. II.2. EL TELETRABAJO EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. a) Ámbito de aplicación objetivo y subjetivo. b) Procedimiento de autorización y requisitos. c) Régimen de prestación de los servicios en modalidad de teletrabajo. d) El control de la actividad desarrollada por el trabajador. e) Requisitos técnicos y estructurales para el desarrollo del teletrabajo. f) Duración. III. LA PANDEMIA Y SU INCIDENCIA EN LA REGULACIÓN TRANSITORIA DEL TELETRABAJO. III.1. LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO. III.2. LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. IV. LA REFORMA DE LA

NORMATIVA BÁSICA DE EMPLEO PÚBLICO EN MATERIA DE TELETRABAJO. V. CONCLUSIONES:
EL DIFÍCIL TRANSITO ENTRE LA ADMINISTRACIÓN ANALÓGICA Y LA ADMINISTRACIÓN DIGITAL.
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN: ADMINISTRACIÓN DIGITAL Y TELETRABAJO

La sociedad digital impulsada por las nuevas tecnologías implicará transformaciones profundas en el sector público (Beckouche, 2017). Con fortuna, desde mi punto de vista, algunos autores han hablado de la *cuarta revolución industrial* (Schwab, 2016). La evolución del teletrabajo, y su propio régimen jurídico, no puede entenderse sin las innovaciones tecnológicas que han irrumpido con fuerza en el tejido productivo español, y en concreto y en lo que aquí importa, en la Administración Pública. Aunque, advirtámoslo ya, su detonante pueda encontrarse en causas ajenas a su verdadera dinámica como ha resultado ser la pandemia.

En cualquier caso, cabe advertir que la denominada Administración digital va hoy mucho más allá de la mera gestión electrónica de trámites administrativos que es, a lo sumo, lo que hemos vivido durante 2020. Implica un cambio cultural y metodológico de cómo producimos los servicios a los ciudadanos (Jiménez, 2019). La consecuencia necesaria es que hemos de repensar el funcionamiento de las Administraciones públicas e innovar ofreciendo nuevos servicios personalizados y de manera proactiva. Generar, en definitiva, valor público como ya se apunta en la doctrina más atenta a estos cambios (Valero Torrijos, 2013; Cerrillo i Martínez, 2016; Martín Delgado, 2018; Gómez Puente, 2019).

Su demanda por parte de la ciudadanía, por lo demás, será a buen seguro cada vez mayor. Y su impacto en la forma de organización y desempeño de las organizaciones resultará afectada por el uso administrativo de medios informáticos, electrónicos y telemáticos en muchos casos disruptivos frente a los supuestos en que se asentó la dogmática tradicional de nuestro Derecho administrativo (Boix Palop y Cotino Hueso, 2019). En efecto, tanto su *front office* como su *back office* sufrirán transformaciones (Fernández de Marcos y Davara Rodríguez, 2016). Es decir, afectará a la gestión y la presencia de la Administración «de puertas hacia fuera», quedando incluidos los servicios ofrecidos a la ciudadanía, la gestión y el control de la participación del ciudadano, el cumplimiento y verificación de este en lo que a la aplicación de la normativa se refiere y todo lo relativo a la prestación de servicios de información del sector público, bajo los prismas de la transparencia y apertura administrativa. Mientras que, de puertas para adentro, afectará a cuestiones tan variadas como la propia regulación de la entidad pública, la colaboración interdepartamental, la gestión del conocimiento y la resolución de conflictos internos de la Administración, el control y desarrollo de las compras públicas y la interoperabilidad en el conjunto de la Administración pública de que se trate. Y, ciertamente, ello plantea oportunidades (Rivero Ortega, 2017), pero también riesgos y, por ello, se ha reivindicado desde el principio respetar las necesarias garantías jurídicas (Domenech Pascual, 2006; Valero Torrijos, 2019)¹.

De esta forma, la evolución de los servicios digitales en las sociedades postindustriales, fuertemente influenciadas por el progreso científico y tecnológico, es ahora el mantenimiento y evolución de la propia actividad administrativa que, cada vez más y en mayor medida, será predominantemente electrónica, pero también innovadora, en los servicios propios de la burocracia tradicional y los desafíos que se presentan (Martín Delgado, 2017; Piñar Mañas y De la Cuadra, 2018). No se trata, y ya debe apuntarse, de digitalizar la burocracia, sino de repensar y mejorar procesos y procedimientos con la vista puesta en las necesidades de los ciudadanos. Y ello tendrá, sin duda, consecuencias en los derechos de los empleados públicos y en la propia configuración de la selección y carrera de estos (Arrollo Yanes, 2018). También, lógicamente, en las propias modalidades de prestación de los servicios, entre las que queda enmarcado el teletrabajo.

Lo cierto, sin embargo, es que en lo que se refiere al teletrabajo como más arriba se apuntó, su verdadera acta de nacimiento y generalización en el sector público, más bien por necesidad que por convencimiento propio, se ha producido a raíz de la crisis del COVID-19 durante la cual ha jugado un papel trascendental dentro del peculiar sistema de relaciones laborales que implicó el confinamiento, y que en las Administraciones

¹ De su impacto da cuenta cómo los organismos internacionales empiezan a preocuparse por su adecuado uso. Véase a este respecto Consell d'Europa. Assemblea Parlamentària. (2017). Recommendation 2102 (2017), de 28 d'abril Technological convergence, artificial intelligence and human rights, disponible en <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=23726&lang=en> (consultado el 20 de julio de 2020). Asimismo, puede consultarse la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2017, sobre las implicaciones de los macrodatos en los derechos fundamentales: privacidad, protección de datos, no discriminación, seguridad y aplicación de la ley disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0076_ES.html?redirect (consultado el 20 de julio de 2020).

nes públicas tuvo como consecuencia, con independencia de otras medidas alternativas como la suspensión de plazos y términos administrativos, seguir dando respuesta a la ciudadanía a pesar del cierre temporal de los centros de trabajo². La experiencia, lógicamente, tuvo sus luces y sus sombras dada la improvisación a que hubo de hacerse frente.

Entrando ya en el objeto del presente estudio cabe comenzar aludiendo a que el propio concepto de teletrabajo ya es, en sí mismo, discutido, pues si bien existe una idea común sobre lo que es el teletrabajo, es difícil encontrar una definición que sea compartida comúnmente por todos. Y esta afirmación es predicable tanto en el Derecho español como en el comparado (Simões Barata, 2020: 59 y Gaeta, 1995: 550). La problemática para alcanzar una solución común deriva de la relativa novedad de este concepto, en evolución en cada momento (en cuanto depende de las posibilidades de las tecnologías de las comunicaciones y de la incorporación de éstas a la organización del trabajo), y cuyo resultado final no es predecible en su totalidad ya que no queda totalmente diáfano cómo seguirá evolucionando el mismo y cuál será su impacto final sobre aspectos muy diversos –ámbito laboral, social, familiar– lo que no pasó desapercibido a la doctrina desde el principio de su implantación (Di Martino y Wirth, 1990).

El teletrabajo, en principio, puede definirse como una forma de organización y/o ejecución del trabajo realizado a distancia, en gran parte o principalmente, mediante el uso intensivo de las técnicas informáticas y/o de telecomunicación, pero a los efectos que nos interesan aquí, resulta clave que el teletrabajo lo sea con dependencia ajena (Pérez de los Cobos, 1993: 45). Es esta última característica la que permite, esencialmente, distinguirlo de otras modalidades de trabajo que también pueden desarrollarse a través de medios tecnológicos y de forma descentralizada, pero en los que no está presente la ajenidad que caracteriza a este. Y nota, además, que nos permite distinguirlo de otras modalidades de prestación de servicios en el sector público previstos en la legislación contractual o laboral.

En este sentido, conviene no olvidar, a pesar de sus limitaciones (Thibault Aranda y Jurado Segovia, 2003: 65)³, la definición dada en el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo (2002): «forma de organización y/o de realización del trabajo, con el uso de las tecnologías de la información, en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la que un trabajo, que hubiera podido ser realizado igualmente en los locales del empleador, se efectúa fuera de estos locales de manera regular»⁴.

Lo que sí podemos traer a colación es que existe un acuerdo generalizado sobre varios elementos básicos que contribuyen a delimitar el concepto de teletrabajo: en primer lugar, que el teletrabajo se refiere a una actividad profesional remunerada prestada por cuenta ajena; en segundo término, que se descentraliza el lugar de trabajo (no necesariamente en el domicilio); y, por último, lo caracteriza los medios y la tecnología utilizada para la prestación de los servicios (Thibault, 2000: 18 y Gala, 2001: 18). Un cuarto apunte ha de hacerse y es que las notas características de la prestación laboral, ya se trate del ámbito privado o del público, aparecen matizadas. Baste referirse, en este punto, y en lo que se refiere a la relación entre empresario y trabajador a que, en cierta medida, se ve atenuado el vínculo de subordinación que existe entre el empleador y el trabajador en aquellos puestos de trabajo cuyo desempeño exige una mayor cualificación y especialización del trabajador lo que, como es notorio, es un supuesto muy común en nuestras Administraciones públicas (Pérez de los Cobos, 2005: 1.315 y Villalba Sánchez, 2017: 245).

En cuanto a los criterios que se han utilizado para incluir un supuesto concreto en la noción de teletrabajo han sido variados, básicamente acudiendo al tiempo en la prestación de dicha modalidad (más de la mitad de la jornada, un porcentaje determinado de la jornada semanal de trabajo, dos días a la semana, etc.)⁵. Y es que, como resulta evidente, pueden existir distintos tipos de teletrabajo ya sea atendiendo al lugar de la prestación de servicios, o atendiendo al tipo de conexión existente con el lugar de recepción (Thibault, 2000, 34-38), lo que puede condicionar el régimen de prestación del mismo. Lo relevante en cuanto a los retos que

² Si hacemos caso omiso de las cifras producidas durante la pandemia, lo cierto es que nuestro país ocupaba uno de los últimos lugares en lo relativo a esta modalidad de trabajo, en el marco de los países de la Unión Europea, como ya pusieran de manifiesto MARTÍNEZ LÓPEZ, LUNA HUERTAS y ROCA PULIDO (2001).

³ Y es que, como han destacado dichos autores, a pesar de sus aspectos positivos el Acuerdo Marco Europeo carece de efectos constructivos –por ser una mera *avis commun*– para un auténtico sistema de negociación colectiva a nivel comunitario y que, al mismo tiempo, un uso «cínico» de este tipo de acuerdos puede suponer un freno para la política social comunitaria.

⁴ La Organización Internacional del Trabajo (OIT) lo define como «Forma de trabajo efectuada en un lugar alejado de la oficina central o del centro de producción, y que implica una nueva tecnología que permite la separación y facilita la comunicación».

⁵ Este es el criterio utilizado, junto a características como las reseñadas, en la regulación del teletrabajo realizada por en el ámbito privado por el RD Ley 28/2020 que fija en un mínimo del treinta por ciento de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo, el tiempo que ha de prestarse en dicha modalidad para su calificación como teletrabajo.

plantea esta modalidad de prestación de los servicios, inclusive más que el factor tiempo u otros factores, es la forma en que este incide en la organización de los procedimientos y métodos de trabajo y el modo y el rendimiento que se derive de esta nueva forma de prestación de los servicios en el sector público.

En España, el teletrabajo había carecido de una regulación jurídica-laboral precisa hasta hace muy poco, a pesar de la doctrina ya existente desde los noventa al respecto que se había hecho eco del fenómeno y de la experiencia acumulada en otros países (por ejemplo EE.UU). Si bien, con la reforma del mercado laboral realizada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, se procedió a regular el trabajo a distancia en el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) en el que, como una modalidad del mismo, se otorga una primigenia regulación a este fenómeno. De acuerdo con este artículo, el trabajo a distancia es una forma de organización del trabajo caracterizada por que la prestación de la actividad laboral que se realiza de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por este, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa. Y es que los conceptos teletrabajo, trabajo a domicilio y trabajo a distancia resultan, en ocasiones y en ciertas modalidades de prestación de servicios, intercambiables o utilizados de forma sinónima⁶, pero en realidad el teletrabajo no resulta ser sino una especie del trabajo a distancia que sería el género. Bien es cierto que es preciso apuntar, desde este momento, que la caracterización del teletrabajo y, sobre todo, su utilidad en el marco de una Administración digital, más que una cuestión del lugar en que se prestan los servicios es más una cuestión de cómo se organizan los servicios, los procedimientos y se redefinen los puestos de trabajo, sus funcionalidades y sus tareas.

Y, como ahora veremos, también ha sido objeto de atención por la normativa relativa al empleo público, bien es cierto que más tardíamente y con la ausencia de mención alguna al teletrabajo en el texto cabecera de dicha normativa, es decir, el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP) que, como daremos cuenta, no había sido hasta el pasado octubre modificado para incluir esta nueva modalidad de prestación de los servicios.

Cabe destacar, por último, el importante papel que juega la negociación colectiva en el desarrollo de esta forma de prestación de servicios. Tanto a nivel europeo, como muestra el Acuerdo Marco Europeo, como a nivel estatal, autonómico o local. Y tanto en el ámbito privado como en el de las Administraciones públicas y así, en este último, puede verse cómo las normas hasta la pandemia aprobadas lo eran, en cualquier caso y como no puede ser de otra forma, negociadas con la representación sindical y elevadas a rango reglamentario de acuerdo con la regulación de los Acuerdos en la Administración pública establecida en el EBEP. Y, por ello, asimismo sin que hubiese oportunidad para que dichas normas abarquen materias o incidan en aspectos reservados a una norma con rango de ley (Jiménez Asensio, 2020: 9) para quien, con razón apunta en referencia a la normativa recientemente aprobada para el sector público que «al referirse a las Administraciones Públicas parece excluir la Ley (lo cual es un soberano disparate, pues no hay reserva reglamentaria en nuestro ordenamiento jurídico) y, por otro, la negociación colectiva sólo se podrá desplegar sobre ámbitos propios de aquella (los establecidos en el artículo 37.1 TREBEP) y no sobre los que no está prevista su materialización (artículo 37.2 TREBEP y título X de la LOPDGDD)». Es obvio, sin embargo, que nada impide a la legislación autonómica una regulación con rango legal que desarrolle las previsiones establecidas con carácter básico.

El teletrabajo, en definitiva, puede incidir en una importante cantidad de aspectos de la vida laboral, familiar y cotidiana e introduce novedades en los modos tradicionales de gestión y organización del trabajo. De más está señalar que la puesta en marcha de una forma de trabajar que necesariamente supone un cambio importante en cuestiones tan arraigadas, exige una adecuada planificación y diseño de su implantación que, como se ha puesto de manifiesto durante la pandemia⁷, ha brillado por su ausencia. Muchas de nuestras Administraciones públicas se han mostrado insuficientemente preparadas para atender y ordenar esta nueva modalidad de trabajo y que debiera enfrentar, a propósito de esta crisis, su definitiva y siempre postergada

⁶ Es importante destacar aludiendo a que, en el marco laboral común español, la opción por el teletrabajo o trabajo a distancia, es hoy –con independencia de la normativa recientemente dictada– un derecho de los trabajadores, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral como consecuencia de la última reforma el artículo 34.8 del ET (Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación).

⁷ En efecto, la improvisación con que hubo de adoptar dichas decisiones mostró distintos desajustes en su implementación: diferencias radicales entre los distintos organismos públicos que se ha traducido, en numerosos casos, en que a lo más que se pudo llegar fue al acceso remoto al correo electrónico, falta de formación específica de los empleados, etc.

reforma entre las cuales no debería olvidarse estas nuevas fórmulas de prestación de servicios⁸. Y es que, teletrabajar, no es trabajar desde casa. Y es precisamente esto lo que se echa en falta en las definiciones hasta ahora realizadas, que reparando en el dónde y a través de qué herramientas se desarrolla, no han hecho hincapié suficiente en un aspecto fundamental: cómo se desarrolla⁹. Y es ahí donde se conecta esta modalidad de prestación de servicios con la siempre aplazada racionalización y modernización de nuestra administración pública y de nuestro empleo público (Gorriti Bontigui y Jiménez Asensio, 2020).

II. EL TELETRABAJO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA ETAPA PRE-COVID

II.1. El teletrabajo en la Administración General del Estado

En primer lugar, y a fin de dar somera cuenta de lo hasta ahora acontecido en el ámbito de la Administración General del Estado, es preciso hacer alusión al Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005, por el que se aprobó el Plan Concilia que, entre otros compromisos, previó una serie de medidas para hacer efectiva la conciliación de las responsabilidades profesionales con la vida personal y familiar en el ámbito del empleo público. En el marco de aquél fue puesto en práctica un Plan piloto para la aplicación de técnicas de teletrabajo para los empleados públicos por el Ministerio de Administraciones Públicas, orientado al favorecimiento de la conciliación de la vida laboral, familiar y personal.

Una vez concluida esta experiencia piloto, el segundo paso fue extender dicha iniciativa mediante la Orden APU/1981/2006, de 21 de junio, por la que se promovió la implantación de programas piloto de teletrabajo en los departamentos ministeriales. En esta última norma se define como una «modalidad de prestación de servicios de carácter no presencial», en virtud de la cual un empleado de la Administración General del Estado puede desarrollar parte de su jornada laboral mediante el uso de medios telemáticos desde su propio domicilio. La alusión al domicilio del trabajador como lugar a desarrollar los servicios no presenciales ha sido criticada por algunos autores (Sierra, 2011: 130), ya que circunscribe el teletrabajo a una de sus modalidades (el teletrabajo a domicilio).

En la norma citada se precisaba la necesidad de incluir en cada programa los puestos de trabajo afectados, atendiendo a la naturaleza de sus funciones, y que no requiriesen la presencia del trabajador. Con arreglo a este criterio, quedaba abierta la posibilidad de limitar la opción de teletrabajar en supuestos en los cuales la presencia del trabajador fuese conveniente, aunque no fuese imprescindible. Varias cosas han de subrayarse respecto de esta regulación:

- Se concibió, en lo esencial, más como una medida de conciliación que como una nueva forma de organización de los servicios, a pesar de definirse como tal sin aludir a otros posibles objetivos (preservación ambiental, a título de ejemplo).
- La participación de los trabajadores era voluntaria, si bien sujeta a selección ya que se reducía a un número máximo por cada programa.
- Exigía unos requisitos: conocimiento de ofimática.
- Tenía una duración limitada.
- Se sujetaba a un control mediante un sistema de evaluación del trabajo desarrollado de forma no presencial.

La visión, como puede deducirse tras lo expuesto, era un tanto restrictiva. Así, no se concebía el teletrabajo como una forma de prestación ordinaria que puede ser parcial o alternativa al trabajo presencial sino, más bien, como una medida de conciliación y experimental, dado que se planteó como un programa de esta naturaleza y reducido a un número de puestos limitado.

⁸ Puede verse, a este respecto, el manifiesto firmado por un conjunto de expertos y profesionales preocupados por el devenir del sector público (LONGO, VILLORIA, DEL PINO, JIMÉNEZ ASENSIO, LAPUENTE, etc.) titulado "Por un sector público capaz de liderar la recuperación": <http://agendapublica.elpais.com/por-un-sector-publico-capaz-de-liderar-la-recuperacion/> (Consultado el 5 de agosto de 2020).

⁹ En efecto, entre otras cosas, para que el teletrabajo de verdad pueda ser considerado como tal, requiere un cambio en los métodos y los procedimientos y que los empleados públicos dispongan de las necesarias competencias digitales para desarrollarlo. En este aspecto, conviene aludir al informe realizado en abril del presente año "Tech Talent for 21st century Government", desarrollado por *Partnership for Public Service*, que procede a identificar las competencias digitales necesarias para los empleados públicos en el entorno de una Administración digital. públicos. El citado informe puede consultarse en <https://ourpublicservice.org/wp-content/uploads/2020/04/Tech-Talent-for-21st-Century-Government.pdf> (consultado el 5 de agosto de 2020).

Esa experiencia acumulada tuvo como consecuencia diversos intentos normativos que finalmente no verían la luz¹⁰. Bien es cierto que, tanto el Acuerdo Gobierno-Sindicatos de 25 de septiembre de 2009, que incluyó previsiones vinculadas a la «Modernización y nuevas tecnologías», como el II Plan de 2015 para la Igualdad entre mujeres y hombres en la AGE que introdujo medidas sobre trabajo en red y utilización de las nuevas tecnologías, para favorecer la conciliación y una mejor organización y racionalización, reforzaban la introducción de esta modalidad de prestación de servicios.

A lo que habría de unirse, con posterioridad, la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales de 2018 que, como es conocido, recoge los derechos digitales en la negociación colectiva, el derecho a la intimidad y el uso de dispositivos digitales y el derecho a la desconexión digital. Normativa que debiera de resultar cabecera en cualquier iniciativa sobre el teletrabajo que pueda establecerse.

II.2. El teletrabajo en las Comunidades Autónomas

Si la Administración General del Estado hasta muy recientemente no había aportado solución alguna, al menos de forma suficiente, a esta modalidad de prestación de los servicios, no puede decirse lo mismo en el caso del empleo público autonómico. Este último sí había procedido a regular esta prestación de la jornada laboral, inclusive más allá de su previsión experimental en algunos casos, de forma previa a la pandemia como ha se ha puesto de relieve por la doctrina de necesaria referencia en este concreto punto (Villalba Sánchez, 2017: 223-244)¹¹. En efecto, en algunos supuestos, y con anclaje ya en la propia legislación de empleo público (normativa extremeña), se procedió a regular el teletrabajo como una modalidad de presta-

¹⁰ En este aspecto, cabe anotar un Proyecto de Real Decreto por el que se regulaba el teletrabajo, de 8 de mayo de 2007 e, igualmente, es preciso aludir a que, en el ámbito de la AGE, se intentó incluir, sin que finalmente prosperara, en la Instrucción de Jornada y Horarios de 28 de febrero de 2019 el siguiente apartado: «3.5 Igualmente, las personas titulares de las Subsecretarías de los departamentos ministeriales y las personas responsables de los demás órganos competentes de las entidades señaladas en el punto 1 de esta Resolución, atendiendo a sus propias circunstancias, podrán establecer, oída la representación de los empleados y empleadas públicos en el ámbito de representación de que se trate, el número de horas o jornadas semanales que, de forma voluntaria, podrán prestarse en régimen de teletrabajo, de acuerdo con lo dispuesto en la Orden AP/1981/2006, de 21 de junio, por la que se promueve la implantación de programas piloto de teletrabajo en los departamentos ministeriales. A los efectos de esta Resolución se entenderá por teletrabajo toda modalidad de prestación de servicios de carácter no presencial en virtud de la cual un empleado o empleada público de la AGE puede desarrollar parte de su jornada laboral mediante el uso de medios electrónicos desde su propio domicilio o desde un lugar distinto, siempre que las necesidades del servicio lo permitan y en el marco de la política de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los empleados y empleadas públicos».

Se incumplieron de esta forma, las previsiones establecidas en la Disposición final sexta de la ya derogada Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, que contemplaba que «el Ministerio de Administraciones Públicas, en colaboración con los Ministerios de Economía y Hacienda, de Industria, Turismo y Comercio y de Trabajo y Asuntos Sociales, regularán antes del 1 de marzo de 2008 las condiciones del teletrabajo en la Administración General del Estado».

¹¹ La normativa autonómica, previa a la pandemia, venía conformada por las siguientes normas: Decreto n.º 92/2012, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Acuerdo sobre la prestación del servicio en la modalidad no presencial mediante la fórmula del teletrabajo por el personal empleado público de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi y sus Organismos Autónomos; Decreto n.º 36/2013, de 28 de junio, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios mediante teletrabajo en la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears; Decreto n.º 57/2013, de 12 de agosto, por el que se regula la prestación de servicios de los empleados públicos en régimen de teletrabajo en la Administración de Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha; Decreto n.º 45/2013, de 5 de diciembre, por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial mediante la fórmula del teletrabajo para el personal funcionario y laboral al servicio de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja y sus Organismos Autónomos; Orden de 20 de diciembre de 2013, conjunta de la Vicepresidencia y Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia y de la Consellería de Hacienda, por la que se regulan la acreditación, la jornada y el horario de trabajo, la flexibilidad horaria y el teletrabajo de los empleados públicos en el ámbito de la Administración general y del sector público de la Comunidad Autónoma de Galicia (modificada por la Orden de 5 de septiembre de 2016) y la Resolución conjunta de 8 de agosto de 2014, de la Dirección General de Evaluación y Reforma Administrativa y de la Dirección General de la Función Pública, por la que se dictan las instrucciones relativas al desarrollo de la Orden de 20 de diciembre de 2013 por la que se regulan la acreditación, la jornada y el horario de trabajo, la flexibilidad horaria y el teletrabajo de los empleados públicos en el ámbito de la Administración general y del sector público de la Comunidad Autónoma de Galicia; Instrucción de 6 de agosto de 2014, del Director General de la Función Pública y Calidad de los Servicios, para la implantación del programa piloto de la modalidad de teletrabajo en la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón; Decreto 82/2016, de 8 de julio del Consell, por el que se regula la prestación de servicios en régimen de teletrabajo del personal empleado público de la Administración de la Generalitat Valenciana; Orden de 3 de octubre de 2016, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública de Murcia, por la que se convoca un proyecto piloto experimental de teletrabajo en la Administración Pública Regional; Decreto 1/2018, de 10 de enero, por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial, mediante la fórmula del teletrabajo, en la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura; Decreto 16/2018, de 7 de junio, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

ción de los servicios más allá de ese carácter experimental que presidió la primera fase en la implantación. Otra cosa es que haya cambiado en forma adecuada su consideración, como ahora tendremos oportunidad de comprobar.

En la normativa autonómica, con carácter general, se conceptúa el teletrabajo como modalidad de prestación de servicios, o como una modalidad de prestación de la jornada laboral (normativa extremeña), lo que, al fin y al cabo, no redundará en consecuencias distintas ya que será el contenido y el alcance que se le otorgue a este el verdadero rasgo definitorio.

Asimismo, en la mayoría de dicha normativa, se delimita el concepto aludiendo a las singularidades que habíamos enumerado para la caracterización de este. De esta forma, y a título de ejemplo, la normativa extremeña definirá al teletrabajo como toda modalidad de prestación de servicios de carácter no presencial en virtud de la cual se puede desarrollar parte de la jornada laboral fuera de las dependencias administrativas con plenas garantías de las condiciones exigidas en materia de prevención de riesgos laborales, de seguridad social, de privacidad, de protección y confidencialidad de los datos, mediante el uso de las nuevas tecnologías de la información, siempre que las necesidades del servicio lo permitan y en el marco de las políticas de calidad de los servicios públicos y de conciliación de la vida personal y familiar y laboral de los empleados públicos.

Ya se puede adelantar, sin embargo, que la perspectiva que ha presidido el conjunto de dicha normativa no es su consideración como una auténtica modalidad de prestación de los servicios ligada al perfil del puesto de trabajo y las funciones encomendadas a este, sino más bien una perspectiva subjetiva, la del empleado público («siempre que las necesidades del servicio lo permitan»), que va a ser decisiva en su régimen jurídico. De esta forma va a atender, más que a las transformaciones que implica la conversión de una Administración analógica a otra digital que rompe variables como el espacio o el tiempo y se centra en la consecución de objetivos y resultados para la ciudadanía, a un régimen autorizatorio para el desarrollo del mismo por los empleados caracterizado por la desconfianza en su implementación y en la perspectiva de conciliación de la vida profesional y familiar subyacente a la misma.

De otro lado, y sin embargo, es preciso convenir que claramente en dicha normativa pueden distinguirse dos fases: la realizada primigeniamente, que respondía en mayor medida a esa visión de conciliación de la vida personal, familiar y profesional; y otra, representada por la normativa más reciente (Extremadura, Castilla-León y Valencia) que descansa, sin olvidar lo anterior, en otros aspectos más propios de su consideración como una nueva modalidad de prestación de servicios en el sector público que, como se indica en la exposición de motivos de la normativa valenciana, supone una medida de racionalización y, en consecuencia, de modernización de la gestión del tiempo de trabajo que, basada en las citadas tecnologías de la información, posibilita que el personal empleado público pueda realizar parte de su jornada desde su domicilio particular sin que por ello la calidad del servicio público que presta se vea afectada. Bien es verdad que, como ya está apuntado, sin la visión integral y transformadora que en realidad hoy plantea el teletrabajo en el marco de la siempre postergada Administración digital. La consecuencia necesaria es que acontece una reducción del alcance y potencial que esta medida ofrece, por un lado, como dinamizadora de la transformación digital y la modernización de nuestras Administraciones públicas, pero, por otro, de la consecución de otros objetivos como pueden ser su contribución a la lucha contra el cambio climático o la despoblación de numerosas localidades como consecuencia de la concentración de actividades productivas y de servicios que la Administración analógica provoca.

Se debe advertir, sin embargo, de dos cosas. En primer lugar, que la exhaustividad de los trabajos ya realizados (Villalba Sánchez, 2017) nos releva de hacer un estudio pormenorizado de las previsiones existentes en esta normativa autonómica anterior a la etapa previa a la pandemia y, por tanto, nos centraremos en aquellos aspectos relevantes que ponen de manifiesto la necesidad de abordar una profunda reforma de esta normativa concibiéndola, más que como un derecho del empleado público, que también, como efectivamente debe ser considerada, esto es: una modalidad de prestación de los servicios que depende de los requerimientos de los puestos de trabajo y de la organización y funcionamiento administrativo en el marco de una nueva Administración digitalizada¹². En segundo lugar, que esta normativa se encuentra en el momento de escribir estas líneas en revisión tras las reformas acontecidas en el EBEP en relación a esta materia y que presumiblemente introducirán algunos cambios que esperamos resulten del calado suficiente.

¹² Algunas propuestas de mejora sobre ésta pueden encontrarse en SIERRA BENÍTEZ, ESPERANZA M., “Valoración crítica y propuesta de mejora de la regulación del trabajo a distancia en la normativa estatal y autonómica”, *Trabajo y Derecho*, núm. 29, 2017.

a) *Ámbito de aplicación objetivo y subjetivo*

En cuanto a su ámbito de aplicación, la técnica utilizada por la normativa autonómica, con carácter general, atendió a un doble aspecto: por un lado, con carácter objetivo, enumera aquellos puestos o sectores que pueden o no ser desempeñados bajo esta modalidad; y, por otro, aquellos colectivos o clases de personal que pueden acogerse a dicha modalidad de prestación de los servicios.

En relación al ámbito de aplicación objetivo, se suele utilizar un doble criterio. De un lado, se realiza, con carácter general, una enumeración de los puestos susceptibles de ser prestados en esta modalidad. Sin embargo, la técnica utilizada no permite sino enumerarlos de forma muy genérica, aunque ciertamente alguna normativa procedió a detallar más específicamente los mismos, como resulta ser el caso vasco, que enumeraría puestos de trabajo cuyas funciones principales eran algunas de las siguientes: estudio y análisis de proyectos; elaboración de informes; asesoría; redacción, corrección y tratamiento de documentos; inspección; gestión de sistemas de información y comunicaciones; análisis, diseño y programación de sistemas de información y comunicaciones; o traducción. De otro lado, un criterio negativo excluyendo, desde una perspectiva funcional, al personal que no utilice ningún tipo de herramienta informática en el desarrollo de las tareas encomendadas y a aquéllos que ocupen puestos de trabajo relacionados con servicios cuya prestación efectiva solamente queda plenamente garantizada con la presencia física del empleado público en el centro de trabajo (oficinas de registro, atención e información al ciudadano, así como todos aquellos cuyas funciones conlleven necesariamente la prestación de servicios presenciales) lo que resulta plenamente justificado. En menor medida puede excusarse la exclusión en esa misma normativa de sectores completos sin distinguir entre los distintos puestos de trabajo existentes en los mismos (sector docente, por ejemplo), personal adscrito a órganos (puestos de la Secretaría General Técnica u órganos asimilados) o al personal que ocupe puestos de trabajo que lleven aparejadas funciones de dirección, coordinación o supervisión, iguales o superiores a Jefes de Servicio, y las Secretarías de Altos Cargos o cubiertos por el sistema de libre designación.

En este sentido, las contradicciones se manifiestan de forma palpable pues a veces las exclusiones no obedecen, en su totalidad, a una ratio funcional derivada de los contenidos del puesto de trabajo y de las tareas que en este se desarrollan, sino a otro tipo de razonamientos difícilmente compatibles con su concepción como modalidad alternativa/complementaria al trabajo presencial. Y es que, en mi opinión, y sin perjuicio de abordarse en una norma legal o reglamentaria con carácter general, debería ser instrumentos organizativos más concretos, como las relaciones de puestos de trabajo o instrumentos similares, los que, en atención al concreto perfil y a las funciones y tareas atribuidas al concreto puesto de trabajo, determinarían la posibilidad o no de su prestación o, inclusive, como aquí se defenderá su necesaria prestación bajo esta modalidad.

En cuanto al ámbito de aplicación subjetivo, por lo general esta modalidad se pone a disposición del personal funcionario, estatutario y laboral al servicio de la Administración de que se trate o de sus entidades públicas instrumentales. No parece, sin embargo y a pesar de que, con carácter general, resultan excluidos en la normativa analizada, que dicha situación pudiera no ser aplicable a los puestos de trabajo, tanto del personal eventual como del personal directivo, ya que, concebida como una fórmula alternativa/complementaria de prestación de servicios, será la naturaleza y funciones del puesto de trabajo las que determinen qué puestos pueden o deben ser desarrollados bajo esa modalidad y no la clase de personal de que se trate. La clave, ha de reiterarse, deriva del concreto puesto de trabajo que se desempeña y no de la clase o categoría del personal a que nos refiramos. Y esta última consideración obligaría a revisar la perspectiva de que solo trabajos auxiliares o de colaboración son los únicos que pueden prestarse en régimen de teletrabajo. Esa perspectiva sigue obedeciendo a una concepción de la Administración todavía hoy, y sin perjuicio de los avances tecnológicos acontecidos, analógica.

b) *Procedimiento de autorización y requisitos*

Concebida de esa forma esta modalidad de prestación de servicios, el régimen jurídico derivado de la misma se sustentaba en fórmulas autorizatorias y por tiempo determinado, con características ajenas, por tanto, a su verdadera concepción como instrumento de prestación de servicios que responde tanto al interés del empleado como de la organización administrativa en que presta sus servicios. Bien es verdad que, hasta cierto punto, resulta lógica dicha visión ya que las normas, al menos hasta ahora, parten de una cierta desconfianza ante la prestación de servicios bajo esta modalidad, sin decidirse a avanzar por la senda que ameritarían las transformaciones necesarias para la implantación de una Administración verdaderamente digital.

De esta forma, y anclada en dicha perspectiva, en toda la normativa autonómica dictada hasta la pandemia, y parece que así será también cuando acontezca el dictado de la nueva para su adaptación a las reformas introducidas en el EBEP, subsiste el elemento de voluntariedad y reversibilidad de dicha modalidad de trabajo y la posibilidad de revisar, modificando o suspendiendo los términos de dicha prestación, la resolución de autorización por parte de la Administración. Igual diagnóstico merece, en el sentido defendido en este trabajo, que la misma resulte sujeta a un plazo máximo de autorización (normalmente un año) lo que pone de manifiesto que, a pesar de las declaraciones realizadas en sede de exposición de motivos, las normas que habían sido dictadas con carácter previo a la pandemia, seguían sin considerar al teletrabajo, de forma efectiva, como una modalidad alternativa a la prestación de servicios tradicional, conservando un cierto carácter experimental. Constituía de esta forma una autorización temporal y no, como debería, en un requisito de prestación de los servicios que, en unos supuestos, podrá ser de prestación voluntaria, pero que, en otros, podría ser de prestación obligatoria.

Las mismas consideraciones se traducen en los requisitos exigidos para poder acogerse a esta modalidad. Así, junto a estar en activo con carácter general, se establecen una serie de exigencias lógicas en esta modalidad, a saber: pericia en el desempeño del puesto de trabajo en cuestión y unos conocimientos informáticos y telemáticos suficientes (inclusive exigiendo la superación de cursos al respecto) o que concurren determinadas circunstancias, como puede ser que el lugar desde el que se vaya a realizar el teletrabajo cumpla con la normativa vigente en materia de seguridad y salud laboral (Comunidad Valenciana). Pero, además de ello y aquí viene la perplejidad, se suele requerir que cuenten con cierta antigüedad los aspirantes a dicha prestación de servicios en esta modalidad. Dos años en unos casos, un año en otros, ninguno en algún supuesto (La Rioja). Y es que, si bien en el tránsito progresivo a una Administración verdaderamente digital son comprensibles períodos de transición respecto del personal existente, dichas consideraciones también denotan la insuficiencia de los procesos de reclutamiento de personal que, entre otras cosas, habrían de asumir los objetivos que una nueva Administración plantea en términos de capacidades digitales de las personas reclutadas, y todo ello sin perjuicio del esfuerzo que sería preciso realizar para la adecuación del personal existente. Estas divergencias muestran, como alguien ha puesto de manifiesto, que seguimos teniendo una Administración con un cuerpo digital ciertamente, pero de mente analógica¹³.

Pero volviendo a la normativa comentada, y en relación al procedimiento autorizatorio, este se inicia con carácter general, fruto de esta perspectiva ya aludida un tanto caduca, mediante una convocatoria que ha de detallar determinados extremos: número mínimo de puestos que pueden ser autorizados dentro de cada Consejería; condiciones que deben cumplir los solicitantes; procedimiento de autorización; sistemas de evaluación del trabajo desempeñado en régimen no presencial, etc. Sigue con una fase de instrucción, básicamente con solicitud de informes, y finaliza con la resolución de la misma. Se concibirá así el teletrabajo como una especie de beneficio al trabajador, y de ahí una convocatoria. Y se mantenía, con ello, una perspectiva de «ensayo» sin asumir plenamente al teletrabajo como una modalidad de trabajo plenamente alternativa/complementaria al trabajo presencial y como una oportunidad en las transformaciones que la Administración digital plantea.

Mayor coherencia se aprecia en la normativa castellano-leonesa (también en alguna otra como la vasca) que, tras las modificaciones operadas en 2018, se aleja de dicha perspectiva. De esta forma, lo considera, en mayor medida que otras normas autonómicas, una modalidad de prestación de la jornada laboral, y se limitaría a establecer un baremo en aquellos supuestos en que haya dos o más personas en una unidad administrativa o en un órgano administrativo que soliciten autorización para teletrabajar y por necesidades del servicio no sea viable concedérsela a todas, siendo dicho baremo exclusivamente de aplicación una vez agotadas las posibilidades de rotación o de turnicidad voluntarias o de acuerdo entre los solicitantes y la Administración. Consideraciones todavía insuficientes, pero más propias, como podrá observarse, de esta nueva perspectiva que la Administración digital plantea.

c) Régimen de prestación de los servicios en modalidad de teletrabajo

La normativa autonómica partía, con carácter general, de reconocer, como no podía ser de otra forma, la plena igualdad de derechos entre los empleados públicos con esta u otra modalidad de trabajo, si bien, y resulta lógico, con las especialidades que pueden derivar de dicha fórmula de prestación en materia de permisos, incompatibilidades, etc.

¹³ Puede verse, a este respecto, la entrada al blog de Novagob: <https://red.novagob.org/la-nueva-administracion-bipolar-mente-analogica-y-cuerpo-digital-2/>.

Por lo que se refiere a la forma en la cual se desarrollará la prestación de servicios, se advierte que las funciones no serán otras que las que el trabajador venía desempeñando en su puesto de trabajo habitual, «salvo las ligadas a la presencia física en las dependencias administrativas» (Galicia).

La pluralidad de normas examinadas coincidirá, y esto sí que resulta congruente, en regular una prestación en la modalidad de teletrabajo llevada a cabo en alternancia con el trabajo presencial (tres jornadas, una jornada, un porcentaje de jornada, etc.). Y en lo que sí existe cierta coincidencia es en que no pueden simultanearse ambas modalidades de prestación en una misma jornada. En cualquier caso, y como podrá apreciarse, se establecerán criterios aleatorios –dependientes del grado de desconfianza hacia esta modalidad de prestación de servicios– que vuelven a poner de manifiesto que la perspectiva que alentaba las normas de empleo público dictadas en esta materia no respondía a las consideraciones que una nueva forma de organización del trabajo, propia de una nueva Administración digital, impondría.

De otro lado, y con carácter general, se remite a las resoluciones de autorización la fijación del horario de prestación de servicios dentro de cada jornada (períodos de interconexión), aunque con carácter flexible ya que, lógicamente, dicha característica es intrínseca a esta modalidad de servicios.

d) *El control de la actividad desarrollada por el trabajador*

Como ya se ha resaltado, la normativa autonómica dictada parte de un cierto criterio de desconfianza que se manifiesta, sobre todo, en los procedimientos de control de la actividad desarrollada. De esta forma, el Decreto valenciano, hace hincapié en que dicha modalidad de prestación de servicios se llevará a cabo «bajo la dirección, coordinación y supervisión de su superior jerárquico» (art. 2), destacando una subordinación por lo demás difuminada en una prestación caracterizada por la mayor independencia de quien la realiza como ya apuntamos.

A estos efectos, en algunas normas autonómicas se exigirá un deber de presencia virtual del empleado, en virtud del cual ha de tener activado el correo corporativo y el teléfono móvil, pudiendo ser requerida su presencia en las dependencias administrativas si así fuera preciso por las necesidades del servicio (Galicia). Y, a tales efectos, se prevé que se señalará el horario en que el personal deberá estar disponible en la resolución de concesión. En otras normas, se prevén períodos mínimos de interconexión a fin de hacer posible la comunicación entre la Administración y el empleado público (art. 7.2 Valencia).

Aunque lo realmente interesante es la apuesta que dicha normativa realiza en torno a instrumentos de seguimiento de la actividad desarrollada en esta nueva modalidad de prestación de los servicios que, sin duda, podría y debería constituir un elemento detonante de la modernización de nuestras Administraciones públicas. Me refiero, en concreto, a la conexión de esta modalidad de prestación de los servicios con la fijación de objetivos y la evaluación del desempeño. En efecto, y por aludir a la más reciente normativa dictada antes de la pandemia, el Decreto valenciano remite a estos instrumentos, con carácter general, la fórmula de control de esta modalidad de prestación de servicios; en el caso castellano-leonés, aún sin hacer referencia a dichos instrumentos, se alude a que el teletrabajador habrá de acreditar a través del plan individual de teletrabajo tanto el cumplimiento de las obligaciones recogidas en el documento de compromisos como de las establecidas durante las jornadas presenciales y, asimismo, habrá de acreditar la satisfacción de los períodos de interconexión; o, por poner un último ejemplo, en el caso de Extremadura se hará referencia a la obligación del responsable de la unidad donde se desarrolla el teletrabajo a la realización del seguimiento del trabajo desarrollado de acuerdo con los objetivos y resultados a conseguir, los criterios de control de las tareas desarrolladas y los sistemas de indicadores o mecanismos de medición que permitan comprobar que tales objetivos se han cumplido.

e) *Requisitos técnicos y estructurales para el desarrollo del teletrabajo*

Por estos requisitos han de entenderse las exigencias que la normativa reglamentaria establece en orden a garantizar determinados bienes jurídicos que, como la protección de datos, la confidencialidad, los soportes telemáticos a emplear y la prevención de riesgos laborales, han de ser objeto de atención específica.

Con carácter general, se exige un equipamiento mínimo de carácter material como disponer de un ordenador personal portátil, un número de teléfono (en algunos casos se exige que éste sea IP o un móvil corporativo), el acceso a las aplicaciones informáticas utilizadas en el servicio respectivo mediante un canal seguro, acceso a internet, etc.

De otro lado, se establecerá, asimismo, que la prestación del servicio en la modalidad no presencial, cumplirá la normativa en materia de protección de datos de carácter personal y la exigencia de la debida reserva y confidencialidad respecto a los asuntos que conozca en los mismos términos que en el desarrollo de sus funciones en la modalidad presencial.

Por último, también se establecen previsiones en materia de prevención de riesgos laborales exigiendo la evaluación de riesgos de su actividad, así como la formación e información necesaria en materia de seguridad y salud laboral para evitar los riesgos laborales o, si son inevitables, minimizarlos y disponer la aplicación de las medidas preventivas necesarias.

La problemática en este punto surge respecto a quién debe corresponder asumir la garantía de que dichas condiciones se cumplen. En el caso de la prevención de riesgos laborales, con carácter general, la obligación de asesoramiento es asumida por la Administración a través de sus correspondientes servicios con la colaboración del trabajador (normalmente mediante cuestionarios de autoevaluación), lo que se complementa con sesiones de formación del mismo en algunos supuestos. Sin embargo, no se seguirá idéntica regla en el resto de requisitos, especialmente aquellos que tienen que ver con los equipamientos materiales y que, a buen seguro dadas las previsiones de la normativa básica, habrán de ser reconsiderados.

Respecto de este último aspecto se encuentran distintas soluciones ya que, por regla general, las normas autonómicas hacen recaer sobre el trabajador la aportación y mantenimiento del material informático y el sostenimiento de la conexión a la red por parte de quienes desarrollen sus funciones bajo esta modalidad (Castilla-León). Idéntica previsión podemos encontrar en la normativa extremeña, bien es cierto que, en este supuesto, se obliga a la Administración a facilitar, entre otras cosas, las aplicaciones informáticas necesarias para el desarrollo de su trabajo cotidiano.

Dichas previsiones eran más que discutibles y, al respecto, debe hacerse referencia a que el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo mantiene una posición claramente distinta, a tenor de la cual será el empresario quien deba facilitar, instalar y mantener los equipamientos necesarios para el teletrabajo, corriendo también con los costes vinculados a las comunicaciones. Y es que ello no resulta ser sino una manifestación de la ajenidad en los medios propia de la prestación de servicios objeto del Derecho del Trabajo (Villalba, 2017: 231). Conforme a esta previsión recogida en la normativa europea, la normativa valenciana dispone que será la propia Administración la encargada de facilitar los recursos para el desempeño del puesto en la modalidad de teletrabajo. Ahora, y como ya se acaba de reseñar, la normativa básica de empleo público obligará a revisar la mayoría de estas previsiones.

f) Duración

Con carácter general, la normativa autonómica, inclusive la más reciente, contemplaría un año como duración ordinaria de la autorización para teletrabajar, lo que ponía de manifiesto su anclaje, como decíamos, en una visión no organizativa y de transformación de la Administración hacía el entorno digital, sino todavía en una visión autorizatoria y apegada a las circunstancias del empleado público más que de la organización. Las razones aducidas, como el desarraigo que podría producir en el empleado esta situación ponen de relieve, de nuevo, que se está pensando en un modelo de Administración clásico y analógico y no en una Administración digital que se organiza y relaciona de forma diferente y que, en forma complementaria, combina presencialidad y virtualidad.

Ahora bien, junto al plazo y su no prórroga, pueden existir otras circunstancias que ponen fin a dicha modalidad de prestación como pueden ser, entre otras, el cese, la renuncia del trabajador, el fallecimiento, etc. Circunstancias todas ellas que, de forma explícita y sistematizada, pueden encontrarse en la normativa autonómica o derivarse de sus propias previsiones. Pero, además, la normativa autonómica se detiene en regular aquellos supuestos en que se producirá una terminación anticipada de dicha autorización dado el carácter reversible de esta por distintas causas que, o alteran las condiciones en que se autorizó la prestación bajo esta modalidad o, alternativamente, suponen un incumplimiento de aquellas bajo las cuales se concedió la autorización para prestar los servicios en la modalidad de teletrabajo (por necesidades del servicio debidamente acreditadas; por incumplimiento de las tareas concretas u objetivos fijados por el titular del servicio; por causas sobrevenidas que alteren sustancialmente las condiciones y requisitos que motivaron la resolución de autorización, y en particular el incumplimiento de los requisitos técnicos y estructurales; por la modificación de las circunstancias que motivaron su concesión; el inadecuado uso del equipo informático cuando este es facilitado por la Administración; o, por último, por no adoptar el empleado público las medidas preventivas y correctoras recomendadas por el Servicio de Prevención de Riesgos

Laborales o en materia de protección de datos de carácter personal, así como de confidencialidad de los mismos). El procedimiento de revocación de la autorización exigirá audiencia previa del trabajador y la resolución que revoca dicha autorización, junto a anular la misma, habrá de establecer las condiciones de reincorporación del trabajador.

III. LA PANDEMIA Y SU INCIDENCIA EN LA REGULACIÓN TRANSITORIA DEL TELETRABAJO

III.1. La Administración General del Estado

De más está decir que los acontecimientos vividos en España producto de la pandemia provocada por el COVID-19, lo que es extensible a otras latitudes, ha alterado los fundamentos que, hasta ese momento, habían sustentado el desarrollo del teletrabajo. Hasta entonces era una opción voluntaria, de carácter experimental y duración limitada, ligada muy estrechamente a la conciliación de la vida personal y profesional, y regulada más que por un convencimiento propio de la Administración, por constituir una aspiración sindical y de los empleados públicos¹⁴. Pues bien, a partir de ese momento, la necesidad de mantener la prestación de los servicios obligó a considerar esta modalidad de prestación de servicios como una medida obligada y generalizada en el amplio elenco de entidades integradas en el sector público.

La situación generada por la pandemia ciertamente ha provocado un nuevo escenario. En efecto, el 28 de abril de 2020, el Gobierno español aprobó en Consejo de Ministros el denominado Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad. El objetivo fundamental del Plan era conseguir que se recuperara paulatinamente la vida cotidiana y la actividad económica, minimizando el riesgo que representaba la epidemia para la salud de la población y evitando que las capacidades del Sistema Nacional de Salud se pudieran desbordar.

El 4 de mayo del mismo año se adoptó la Resolución del Secretario de Estado de Política Territorial y Función Pública de medidas a adoptar en los centros de trabajo dependientes de la Administración General del Estado con motivo de la aprobación del Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad.

Y, por último, mediante Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 se establecen las medidas urgentes de esta naturaleza para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, así como prevenir posibles rebrotes, con vistas a la superación de la fase III del Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad por parte de algunas provincias, islas y unidades territoriales y, eventualmente, la expiración de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, y sus prórrogas.

Pues bien, en ese marco, se dictó la Resolución de 17 de junio de 2020 del Secretario de Estado de Política Territorial y Función Pública sobre medidas a adoptar en los centros de trabajo dependientes de la Administración General del Estado con motivo de la nueva normalidad, que abordaba con provisionalidad y a la espera de la modificación proyectada del EBEP, la situación creada por efecto de la pandemia. De más está poner de relieve que es una norma muy limitada que no aborda, en la extensión que hemos visto en las normas autonómicas, la totalidad de las cuestiones que el teletrabajo plantea y de vigencia muy limitada dada que, de acuerdo con la nueva normativa sobre teletrabajo aprobada, tiene un previsible final en el plazo de seis meses (el próximo mes de abril de 2021).

¹⁴ Según los datos del Ministerio de Política Territorial y Función Pública, referentes a septiembre 2020, hay diferencias muy evidentes en la implantación del teletrabajo por Ministerios.

La aplicación del teletrabajo en la AGE, establecida con preferencia para colectivos vulnerables (con patologías o personas a cargo), afecta a uno de cada cuatro empleados públicos, un total de 44.292 personas de las 178.617 que trabajan para la administración central, sin incluir personal de las Fuerzas Armadas ni de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Así, el Ministerio de Ciencia es el que más empleados tiene a distancia y con mayor peso sobre el total, ya que cuenta con 11.641 trabajadores ejerciendo su labor a distancia, un 73% de los casi 16.000 empleados del Ministerio. La misma tasa la alcanza también el Ministerio de Universidades, aunque con un menor número, ya que 269 teletrabajan, de un total de 367. Por el contrario, el Ministerio de Defensa cuenta con 497 empleados teletrabajando sobre un total de 16.398 (3%), de forma que es el departamento con menor implantación del trabajo a distancia, seguido del Ministerio del Interior, donde un 3,2% de los 32.679 empleados trabaja de forma no presencial (1.054 personas).

Del total de teletrabajadores que tiene la administración central, la mitad lo son por estar en un grupo vulnerable al COVID (10.069), por menores de 14 años a cargo (8.812) o mayores o dependientes (1.221), mientras que 24.190 lo practican porque es una mejor opción por su función o por el departamento en el que se encuentra.

La Resolución, merece ser resaltado, considera al teletrabajo como una modalidad de trabajo aunque con alguna prevención, ya que la norma establece que de forma ordinaria la prestación de los servicios se realizará en forma presencial.

De esta forma, define esta modalidad de prestación de los servicios como aquella que se presta sin presencia física en los respectivos centros y lugares de trabajo que se deberá compaginar con una modalidad presencial de la siguiente forma:

- Hasta un 20 % de la jornada semanal presencial en el caso de los colectivos que se entienden de prioridad¹⁵.
- Un mínimo de un 20 % de la jornada semanal presencial para el resto del personal.

En cualquier caso, la norma sujeta las previsiones contempladas en la misma sin perjuicio de la sujeción de todo el personal a las necesidades del servicio debidamente justificadas, de conformidad con los términos establecidos en la normativa vigente.

Como en el ámbito privado, y como no puede ser de otra forma, la norma parte del principio de igualdad de los trabajadores presenciales y los que realizan el teletrabajo. Y, de otro lado, también previene que la prestación de los servicios en modalidades no presenciales o de estas con modalidades presenciales no supondrá menoscabo de la jornada y horario de cada empleado o empleada pública, debiéndose respetar en todo caso el descanso necesario.

III.2. Las Comunidades Autónomas

Desde mi punto de vista, con una perspectiva más adecuada pero también con idéntico carácter provisional, algunas Comunidades Autónomas han procedido a regular el teletrabajo en este período de transición¹⁶. Sin embargo, algunas normas merecen ser resaltadas como sucede, a título de ejemplo, con la Resolución 505/2020, de 19 de mayo, de la Dirección General de la Función Pública por la que se establece el marco organizativo y se fijan los criterios para la recuperación gradual de la actividad administrativa presencial en el ámbito de la administración general de la Comunidad autónoma de Canarias. En la misma, tanto el planteamiento que se realiza sin desconfianza alguna en la prestación del servicio, que podrá ser en modalidad parcial o total, como los principios que se enuncian, enmarcan la regulación o el alcance de su ámbito subjetivo (todo el personal con independencia de su régimen jurídico) se deja entrever que algunas lecciones han sido aprendidas en este tiempo.

En definitiva, en el momento de tránsito hasta la regulación definitiva del teletrabajo, distintas Administraciones dictaron, con mayor o menor acierto, normativas relativas a la prestación de servicios a través de la modalidad del teletrabajo con una vocación regulatoria no meramente provisional. En estas, y con las salvedades que es preciso realizar dada su finalidad y su vocación de temporalidad, lo que sí puede observarse son ciertas notas en algunas de ellas que permiten vislumbrar nuevas perspectivas en relación al teletrabajo más acordes con lo que aquí se ha defendido. Ciertamente, y a salvo de algunos supuestos de los que ahora daremos cuenta, en la mayoría de los casos se trata de una normativa provisional dictada por la necesidad de seguir garantizando la continuidad de los servicios. Ello es determinante de que la misma no alcance, por tanto, a extraer en toda su amplitud las reflexiones que hasta aquí se han realizado pero que anticipan, a la espera de la nueva regulación a la que seguidamente nos referiremos, que algunas de las prevenciones que hasta el momento habían presidido la regulación del teletrabajo se han diluido tras la experiencia vivida durante la pandemia.

¹⁵ Los colectivos a priorizar son los siguientes:

a) Que tengan a su cargo menores de hasta 14 años.

b) Que tengan a su cargo personas mayores, dependientes o con discapacidad, afectados por el cierre de centros de servicios sociales de carácter residencial y centros de día.

Si bien se advierte de que en el caso de que ambos progenitores o responsables sean empleadas o empleados públicos en activo no podrán disfrutar de esta medida de forma coincidente.

¹⁶ Como también las previsiones sobre la reincorporación del personal de forma presencial. Entre otras, cabe hacer alusión a la Resolución de la Dirección General de la Función Pública de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha de 13 de mayo de 2020 sobre medidas organizativas y de prevención de riesgos laborales para la reincorporación presencial del personal. Discutidas, en su caso, por su oportunidad como puede verse en el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Toledo de 20 de mayo de 2020 (Procedimiento de Medidas Cautelarísimas 00114 /2020) que procede a resolver, de forma cautelar, la continuación de la prestación de los servicios en modo de teletrabajo.

En este sentido, punto y aparte por su concepción más definitiva, resulta ser el Decreto 77/2020, de 4 de agosto, por el cual se regula la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo para el personal al servicio de la Administración de la Generalidad de Cataluña y sus organismos autónomos. Curiosamente, y en forma distinta a cómo se han abordado otras normas de empleo público en esta Comunidad Autónoma, y como la propia competencia estatutaria establece, es una norma propia sin vocación de incidir en otras Administraciones públicas ni resultar de aplicación a las mismas¹⁷.

Dicho texto, apoyado en la experiencia de los dos planes piloto de teletrabajo impulsados durante el periodo de 2008 a 2010 por la Secretaría de Administración y Función Pública de la Generalidad, parte de una reflexión consistente en que el teletrabajo es una modalidad de prestación de servicios en la que una parte de la jornada laboral se desarrolla de manera no presencial y mediante el uso de las tecnologías de la información y la comunicación.

Aunque añade, trascendiendo de la definición y captando desde mi punto de vista más adecuadamente lo que puede llegar a significar el teletrabajo, que esta forma de organización del trabajo es un elemento inequívocamente modernizador de las Administraciones públicas al constituir un instrumento para reforzar la orientación del trabajo a los resultados, que permite a la vez superar la cultura de la presencialidad, fomentar la confianza, la iniciativa y la autonomía de los servidores públicos, elementos decisivos en orden a incrementar los niveles de motivación y, consecuentemente, el rendimiento y la productividad de las Administraciones públicas. Añadiendo que el teletrabajo, como medida de flexibilidad laboral interna, también se convierte en una de las formas de captación y retención del talento en la organización¹⁸.

El Decreto, que consta de diez artículos, tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una derogatoria y dos disposiciones finales parte, pues, de una visión positiva organizativamente hablando de lo que puede significar su implementación, razonando que la optimización del tiempo de trabajo, aparte de tener un efecto positivo en la productividad, genera una mayor satisfacción del personal, dada la disponibilidad de tiempo que comporta y que esa mayor satisfacción revierte en la organización en términos de mayor implicación¹⁹.

Y advierte, asimismo, de los efectos beneficiosos del mismo en orden a conseguir otras finalidades distintas pero complementarias a la relación entre empleador y empleado público, entre las que cita: los objetivos en materia de cambio climático y calidad del aire, en tanto que facilita un modelo de movilidad sostenible con una clara reducción del número de desplazamientos, de los costes añadidos y del consumo energético,

¹⁷ El texto basa su fundamento normativo en dos preceptos estatutarios. De un lado, en el *artículo 150 del Estatuto de autonomía de Cataluña* (EAC) que establece que corresponde a la Generalidad la competencia exclusiva sobre el régimen estatutario del personal al servicio de las administraciones públicas catalanas y sobre la ordenación y la organización de la función pública, así como la competencia compartida para el desarrollo de los principios ordenadores del empleo público, sobre la adquisición y la pérdida de la condición de funcionario, las situaciones administrativas y los derechos, los deberes y las incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas. De otra parte, en el *artículo 136 del EAC* que atribuye a la Generalidad la competencia exclusiva sobre la ordenación y la organización de la función pública.

Cita su exposición de motivos también, en el ámbito de la Unión Europea, el Acuerdo marco europeo sobre teletrabajo, adoptado a iniciativa de la Comisión Europea por los interlocutores sociales más relevantes del ámbito europeo, con la finalidad de impulsar esta modalidad de prestación de servicios.

Y se refiere, asimismo, al *artículo 47 del Real decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público*, que habilita a las administraciones públicas para el establecimiento de las jornadas de trabajo de los funcionarios públicos; y al *artículo 51* que prevé, con respecto al régimen de jornada de trabajo del personal laboral, que se estará a lo que se dispone en este mismo texto legal y en la legislación laboral correspondiente.

Como legislación propia, y a fin de fundamentar la naturaleza reglamentaria de la disposición, se remite al *artículo 108.2.g del 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, que establece que la jornada y el horario de trabajo se determinarán por reglamento en función de la mejor atención a los administrados, de los objetivos señalados en los servicios y del buen funcionamiento de estos.

¹⁸ De hecho, el apartado 2 del artículo primero, al abordar su finalidad, resalta que «La regulación de la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo tiene como finalidad avanzar en la orientación del trabajo a los resultados, potenciar la autonomía e iniciativa del personal en la realización de las tareas encomendadas y ofrecer una mayor flexibilidad en el uso y la distribución del tiempo de trabajo, sin detrimento de la prestación del servicio público». Y añade, pero como finalidades complementarias, que también contribuye a los objetivos en materia de cambio climático y movilidad sostenible, y favorece la conciliación entre la vida personal y familiar de los empleados públicos.

¹⁹ Se advierte también, y en relación a los eventuales riesgos que pudiese comportar implementar esta metodología, que: «Con respecto al posible aislamiento y pérdida de integración en la organización, se prevé un sistema mixto que combina el trabajo presencial y el no presencial con un máximo de dos jornadas diarias enteras de prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo, siempre en jornadas diarias enteras, y una duración máxima de un año. Con respecto al riesgo de disponibilidad excesiva que puede implicar el uso de las tecnologías de la comunicación, se delimitan claramente las reglas preventivas con el establecimiento de franjas horarias de disponibilidad obligatoria para la interconexión y coordinación, siempre dentro del horario de permanencia obligatoria, lo que permite garantizar, asimismo, el derecho a la desconexión digital».

y evita la emisión de gases de efecto invernadero, y de otros contaminantes como las partículas y, a la vez que reduce el nivel de ruido de nuestros pueblos y ciudades; la prevención de los riesgos de accidentes laborales, así como una mejor accesibilidad para las personas con movilidad reducida que son también beneficios derivados de esta movilidad más sostenible; y como se ha defendido hasta aquí, el impulso decidido de la Administración electrónica, innovadora y digital.

Sin duda, la perspectiva con que se enfoca la norma es bien distinta de las que básicamente se habían dictado hasta ese momento. Dicha perspectiva tiene su traducción en un régimen jurídico que, más alejado de las suspicacias presentes en la normativa dictada con anterioridad basada en la conciliación de la vida familiar y laboral, apuesta por una regulación del teletrabajo como una auténtica modalidad de prestación de los servicios con carácter ordinario u ocasional (cuando acontezcan circunstancias excepcionales que obliguen a su implantación).

Ciertamente, se sujeta a autorización la prestación de estos servicios (el sentido del silencio es positivo), pero la misma solo tiene como objetivo la verificación del cumplimiento de los requisitos necesarios para una prestación efectiva del mismo, la articulación de las jornadas que se prestarán en dicha modalidad y el establecimiento del plan de trabajo a cumplir (artículos 3 y ss). Esto es lo que se refiere al «haber» de la norma. Bien es cierto que la misma también tiene un «debe» que se refleja en el número máximo de dos jornadas que se pueden prestar en dicha modalidad o en lo que se refiere a los gastos ocasionados en esa prestación de servicios en que la asistencia técnica de los equipos suministrados por la Administración corre a cargo del trabajador lo que, a buen seguro, deberá ser modificado en un futuro próximo para adaptarlo a lo previsto en la normativa básica de la que se deriva, a mi juicio, que dichos gastos sí deberán ser asumido por la Administración y no por el empleado.

Asimismo, de referencia necesaria en este punto resulta ser el Decreto 79/2020, de 16 de septiembre, del Consejo de Gobierno, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la Administración de la Comunidad de Madrid. El mismo, en su exposición de motivos, reconoce que, junto a las necesidades de conciliación, el teletrabajo cumple con los requerimientos propios de la sociedad tecnológica en que se insertan, la cual no supone únicamente una notable transformación en los procedimientos de gestión o en la forma de relación con la ciudadanía, sino que tiene igualmente unas evidentes repercusiones en el empleo público y en la propia organización del trabajo, ofreciendo unas posibilidades de flexibilidad, de desarrollo de trabajo en remoto y de uso de herramientas informáticas colaborativas, inéditas en el pasado reciente. La normativa, por tanto, distingue entre situaciones ordinarias y extraordinarias donde dicha modalidad puede ser implantada.

Cohérente con este planteamiento, tanto en el ámbito subjetivo de aplicación, como en los fines que se persiguen (organizativos, condiciones de trabajo del personal, responsabilidad social de la Administración) o en la propia regulación que se contempla, se produce ese equilibrio defendido en este estudio entre los derechos de los empleados públicos y la perspectiva organizacional y de transformación de la Administración que la sociedad digital plantea en la actualidad. Todo ello sin perjuicio de que todavía subsisten rasgos que han de ser repensados, como la técnica autorizatoria que, eso sí, se combina ahora a diferencia de lo que acontecía en la normativa dictada anteriormente con procedimientos iniciados de oficio por razones organizativas u otros aspectos que responden a una lógica de transición todavía subsistente entre una Administración analógica y otra digital.

IV. LA REFORMA DE LA NORMATIVA BÁSICA DE EMPLEO PÚBLICO EN MATERIA DE TELETRABAJO

Debe advertirse respecto de esta nueva regulación que está emergiendo que, sin perjuicio de las singularidades que los sectores público y privado puedan presentar que, desde mi punto de vista, no estimo que sean tan relevantes, la normativa dictada, ahora sí con vocación de permanencia, opta por distinguir claramente ambos sectores de prestación de servicios. De esta forma, la regulación dictada en el ámbito privado, constituida por el Real Decreto Ley 28/2020, de 22 de septiembre, no resulta de aplicación al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas que se rige por lo dispuesto en el TREBEP y normativa de desarrollo²⁰. Opción normativa que puede ser discutible dado que puede «generar tensiones o potenciales

²⁰ Que inclusive establece un procedimiento judicial especial y específico (138 bis LRJS) aplicable a las reclamaciones relacionadas con el acceso, reversión y modificaciones del trabajo a distancia, aunque si la causa de reclamación está relacionada con el

problemas al declinar el legislador básico la regulación de los derechos vinculados con esa modalidad de la prestación laboral y realizar una habilitación casi en blanco a la normativa de desarrollo» (Jiménez Asensio, 2020: 16)

En cualquier caso, cabe advertir que, si bien es clara la intención del legislador, me temo que la negociación colectiva en que se basa esa regulación seguramente hará converger en la práctica dichas regulaciones, al menos en sus aspectos esenciales. No deben olvidarse, a este respecto, dos circunstancias: de un lado, la sujeción a la normativa laboral ordinaria de un amplio sector de trabajadores públicos (personal de empresas y fundaciones públicas) y la incidencia que en esta materia tiene el Derecho europeo que, como sabemos, no realiza distinción respecto de estos puntos entre trabajadores privados y empleados públicos; y, de otro, que como ya hemos apuntamos, la regulación concreta de la jornada de trabajo y sus distintas modalidades de prestación tienen en la negociación colectiva un referente necesario y creo razonable suponer que habrá una tendencia a la convergencia en dichas regulaciones. Dichas circunstancias, sin duda, incidirán en la búsqueda de soluciones uniformes tanto en el campo privado como en el público, sin perjuicio de la singularidad que cada uno de estos presentan. Pero vayamos, sin más demora, a dar cuenta de las iniciativas emprendidas hasta ahora en el ámbito del empleo público, ahora sí, de forma más definitiva.

La reciente promulgación del Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 ha procedido a añadir un apartado bis al artículo 47 del TREBEP²¹. Según dicha norma se considera teletrabajo a «aquella modalidad de prestación de servicios a distancia en la que el contenido competencial del puesto de trabajo puede desarrollarse, siempre que las necesidades del servicio lo permitan, fuera de las dependencias de la Administración, mediante el uso de tecnologías de la información y comunicación».

Es decir, se subrayan tres características en cuanto al concepto del mismo: la primera, ya nos referimos a ella oportunamente, la ajenidad, es decir, se prestan en virtud de una relación laboral o funcional con la Administración pública; en segundo lugar, que se desarrolla fuera de las dependencias de la Administración, si bien no íntegramente, ya que se combina con la presencialidad; y, por último, que necesariamente se utilizan las tecnologías de la información y la comunicación. Desde mi punto de vista es una definición completa, que recoge en lo esencial las características que ya señaláramos con anterioridad. Inclusive, es más precisa que la que se recoge en el ámbito privado que se refiere a este sin hacer referencia a que se desarrolla fuera de las dependencias de la empresa, circunscribiéndolo solamente a que su prestación se realiza a distancia, seguramente por la mayor amplitud de la norma privada que no ciñe su ámbito de aplicación al teletrabajo, sino que permite acoger otras modalidades del trabajo a distancia (artículo 2 RD Ley 28/2020)²². Bien es cierto que, de otro lado, la norma dictada en el ámbito privado, a diferencia de la norma de empleo público, parece admitir modalidades híbridas en que la utilización de las tecnologías de la información solo sea prevalente y no exclusiva, lo que parece, al menos desde nuestro punto de vista, más acertado.

Cabe decir que la norma, como ya se ha apuntado por Almonacid Lamelas (2020), no articula en sentido estricto un derecho subjetivo al teletrabajo²³. Tampoco cabe deducir de la misma, en sentido estricto, un deber. La norma aún transita, si se puede decir así, entre dos aguas. No llega a configurarse como un derecho

ejercicio de los derechos de conciliación se regirá por el procedimiento del *artículo 139 LRJS*. Sobre esta normativa ya han comenzado a publicarse trabajos. Entre otros muchos, pueden referenciarse SANGUINETI RAYMOND, WILFREDO (2020) “La noción jurídica de teletrabajo y el teletrabajo”, *Trabajo y Derecho*, núm. 72 o GARCÍA GONZÁLEZ, GUILLERMO (2020) “La nueva regulación del trabajo a distancia y del teletrabajo: entre lo simbólico y lo impreciso”, *Trabajo y Derecho*, núm. 72.

Ahora bien, para su verdadera valoración, estimo que es de ineludible lectura (que en muchos casos es de plena aplicación al sector público) el trabajo de MERCADER URQUINA, JESÚS R. (2020) “Nuevos escenarios para el Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI: digitalización y cambio tecnológico”, *Trabajo y Derecho*, núm. 63, donde el autor aborda como la revolución de las plataformas profesionales, los nuevos modelos de empresa, las técnicas de *Big Data* y su proyección en los sistemas algorítmicos de selección, las innovaciones tecnológicas en los sistemas de control laboral, la aplicación de las técnicas de *Blockchain*, así como, la imparable marcha de los robots obligan a mirar con ojos renovados las categorías laborales clásicas, tales como el concepto de trabajador y de empresa; los derechos fundamentales laborales o, en fin, la clasificación profesional, el salario, el tiempo de trabajo o la extinción de la relación laboral, el papel que deben tener los representantes de los trabajadores y la negociación colectiva.

²¹ Bien es cierto que no resulta aplicable a todo el «sector público» ya que deja fuera de su ámbito de aplicación al personal de empresas públicas y fundaciones del sector público que les será de aplicación la normativa laboral en el ámbito privado. Es decir, se opta por mantener en esta materia, lo que resulta sin duda discutible, el ámbito de aplicación del EBEP.

²² El artículo 3, letra b) del RDLTD, considera teletrabajo «aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación».

²³ En idéntico sentido, se pronuncia CARRODEGUAS MÉNDEZ (2020). Distinta o matizada opinión mantiene RASTROLLO SUÁREZ, “El derecho (y el deber) de teletrabajar de los empleados públicos” para quien la voluntariedad como nota característica del

subjetivo del empleado –solo podría serlo así en ciertos empleados en que no se precisa la presencia física en el puesto de trabajo– pero tampoco puede llegar a cualificarse como un deber de estos en los puestos de trabajo susceptibles de prestarse en dicha modalidad dado el carácter voluntario al que con posterioridad nos referiremos. Y opino, en coherencia con lo que se viene manteniendo, que se hace bien en no configurarlo como un derecho subjetivo del teletrabajo. Al menos no tan solo ya que, en algunos supuestos, no debiera excluirse su prestación obligatoria en dicha modalidad (que recordemos no es exclusivamente virtual).

Y es que debe resaltarse que, aunque parece de toda lógica dada la finalidad de servicio al interés general de nuestras Administraciones públicas, la prestación de servicios mediante teletrabajo queda condicionada a las necesidades del servicio. Bien es cierto que, aunque puede resultar obvio, añade un matiz de inseguridad jurídica al introducir ese concepto jurídico indeterminado y no optar por que se determine, en la relación de puestos de trabajo, cuáles sí y cuáles no pueden –o deben– prestarse bajo dicha modalidad y regular en que supuestos dicha posibilidad puede resultar excluida. Ciertamente, algún sector doctrinal no se ha mostrado partidario de dicha solución que se propone, por la rigidez que ha comportado dicho instrumento organizativo (Jiménez Asensio, 2020: 13), pero en mi opinión es el instrumento adecuado dado que es este, al menos por ahora, y no otro, el que debiera definir las características esenciales de los puestos y, sobre todo, su contenido y las tareas que implica. Entre otros motivos porque, según venimos reiterando, el teletrabajo podría no ser una opción del trabajador sino también, y asimismo, una opción organizativa que por ello ha de plasmarse en este instrumento.

Pero, junto a estas características, la regulación establece de forma sintética otros caracteres de éste que básicamente son las siguientes:

- a) Es de aplicación tanto al personal funcionario como laboral que preste sus servicios a la Administración (nada se dice del personal eventual como tampoco se hace referencia a los puestos directivos, lo que deja en un limbo a estos). En cuanto al personal laboral, a pesar de su régimen jurídico, queda excluido de la regulación establecida por el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia dictada para el sector privado y ha de sujetarse a la que se establezca en desarrollo del mismo por la negociación colectiva en cada ámbito territorial o funcional donde se articule la misma. Bien es cierto que resulta dudoso que a este personal laboral le sea de aplicación regulación sustantiva dictada por el legislador autonómico en desarrollo de las bases establecidas, dada la carencia de competencia de este en materia laboral dejando a salvo las materias organizativas.
- b) Carácter voluntario y reversible salvo en supuestos excepcionales debidamente justificados. Paradigma que, a pesar de su repetición, nos resulta claramente cuestionable como se ha apuntado más arriba.
- c) La prestación de estos servicios ha de ser expresamente autorizada y será compatible con la modalidad presencial²⁴. Sin embargo, se impone con carácter preceptivo que han de establecerse criterios objetivos en el acceso a esta modalidad de prestación de servicios, aunque haya de suponerse que dichas previsiones solo serán de aplicación en el supuesto de que no pueda ser autorizada a todos los miembros de una unidad.

teletrabajo resulta más atenuada en el ámbito público cuando se dan situaciones excepcionales. Puede consultarse en http://cemical.diba.cat/es/actualidad/ficheros/derecho_deber_teletrabajar_empleados_publicos.pdf (consultado el 17 de octubre).

²⁴ En el ámbito de la regulación que se ha realizado para el sector privado es de destacar que se sujeta la prestación de los servicios a un acuerdo suscrito entre el trabajador y la empresa. Su contenido mínimo, de carácter obligatorio y sin perjuicio de la regulación al respecto en convenios o acuerdos colectivos, ha de contener los siguientes extremos:

- a) Inventario de los medios, equipos y herramientas –incluidos consumibles y elementos muebles–, así como su vida útil o período máximo para su renovación.
- b) Enumeración de los gastos, forma de cuantificación y momento y forma de abono –esta se corresponderá, de existir, con la previsión recogida en convenio o acuerdo colectivo–.
- c) Horario de trabajo y reglas de disponibilidad.
- d) Porcentaje y distribución entre trabajo de presencia y trabajo a distancia –en su caso–.
- e) Centro de trabajo de la empresa donde queda adscrita la persona trabajadora.
- f) Lugar de trabajo a distancia elegido por la persona trabajadora (2).
- g) Duración de plazos de preaviso para el ejercicio de reversibilidad.
- h) Medios de control empresarial de la actividad.
- i) Procedimiento a seguir en caso de dificultades técnicas que impidan el normal desarrollo del trabajo a distancia.
- j) Instrucciones dictadas por la Empresa, con la participación de la RLT, para la protección de datos.
- k) Instrucciones sobre seguridad de la información, específicamente aplicables al trabajo a distancia.
- l) Duración del acuerdo o de la prestación de servicios a distancia.

- d) El personal que preste sus servicios mediante teletrabajo tendrá los mismos deberes y derechos, individuales y colectivos, recogidos en el Estatuto que el resto del personal que preste sus servicios en modalidad presencial, incluyendo la normativa de prevención de riesgos laborales que resulte aplicable, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación del servicio de manera presencial. Bien es cierto que, como nota negativa, ha de advertirse que la norma no repara en que la prestación de estos servicios, junto a los derechos tradicionales, determina nuevos derechos o deberes, no recogidos en la normativa básica, y respecto de los que debiera haberse realizado alguna previsión²⁵.
- e) «*Habrà*», y conviene subrayar el tiempo verbal de futuro de la cursiva, de contribuir a la identificación de objetivos y la evaluación de su cumplimiento.
- f) La Administración asume los gastos que genere dicha modalidad de prestación de servicios exclusivamente en lo que se refiere a los medios tecnológicos necesarios para su actividad lo que no es, debe aclararse, sino traslación de lo establecido en el *Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo* que mantiene la posición de que será el empresario quien deba facilitar, instalar y mantener los equipamientos necesarios para el teletrabajo, corriendo también con los costes vinculados a las comunicaciones lo que no resulta ser sino una manifestación de la ajenidad en los medios que caracteriza la prestación laboral por cuenta ajena.

Y, por último, se remite a las normas que se dicten en desarrollo de dicho precepto (hay que suponer que legislación autonómica y norma locales en desarrollo de las normas con rango de ley que se dicten y a la negociación colectiva) estableciendo un plazo de seis meses para la adaptación de dicha normativa a lo establecido en la modificación del TREBEP realizada por el citado Real Decreto-Ley.

Este último aspecto ha sido criticado por algún autor (Jiménez Asensio, 2020: 11) que inclusive califica dicha opción como un despropósito²⁶. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, dicha crítica merecería ser matizada. En efecto, si bien, y de un lado, en lo que se refiere a los derechos digitales y su posible afección por normativa de rango infralegal resulta más que justificada dicha opinión, no resulta ser así en otra serie de aspectos, a saber: en primer término, que se trata de una modalidad de prestación de la jornada laboral ampliamente remitida en cuanto a su regulación a ese campo; y de otro, que al ser un tema íntimamente vinculado con lo organizativo, es en cada ámbito de prestación donde puede, salvados esos criterios mínimos antes aludidos, adecuarse la regulación a las características y circunstancias propias de cada Administración en los distintos extremos que abarca dicha regulación. Ciertamente, y creo que no le falta razón al autor, la regulación podría, y debería inclusive, haber sido más precisa, aunque discrepo de la prevención sobre que existan numerosas regulaciones del teletrabajo. La adaptación a cada organización, salvado el respeto a aquellas materias que deben ser reguladas con rango de ley y de forma uniforme y que reconduce a la unidad la dispersión (otra cosa es que cumpla suficientemente ese papel la reforma realizada en el EBEP), puede ser una de las claves del éxito de dicha regulación. Es más, en mi opinión, la legislación autonómica, aunque pudiese ser más precisa y abordar la regulación de las materias que no pueden quedar subordina-

²⁵ Mucho más detallada resulta en este punto la normativa aprobada en el sector privado en la que se abordan en el Capítulo III los derechos relativos a la carrera profesional, los relativos dotación y mantenimiento adecuado por parte de la empresa, de todos los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de su actividad laboral, los referentes al tiempo de trabajo, con la prevención de riesgos laborales o los derechos colectivos. O, por último y por citar un último aspecto, los derechos digitales. En relación a estos últimos se garantiza expresamente el derecho a la intimidad del teletrabajador y se prevé en forma expresa que los mecanismos de control que pudieran existir deberán ser idóneos, necesarios y proporcionados. Asimismo, las empresas deberán establecer –con la participación de sus representantes– criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y derechos reconocidos. También se reconoce el derecho a la desconexión digital fuera del horario de trabajo, lo que conlleva una obligación a la empresa de garantizar una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y trabajo durante los períodos de descanso. Para ello, la empresa –previa audiencia de la representación de los trabajadores– elaborará una política interna definiendo las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y sensibilización del personal sobre el uso razonable de las herramientas tecnológicas para evitar el riesgo de fatiga informática. También mediante negociación colectiva o acuerdo se establecerán los medios adecuados para garantizar el indicado derecho a la desconexión y los tiempos de descanso.

Lo mismo puede decirse respecto de los deberes, más allá de esa declaración genérica, y de esta forma la normativa del sector privado contempla, al menos tres, en su Capítulo IV, a saber: cumplir con las instrucciones sobre protección de datos establecidas por la Empresa; cumplir con las instrucciones sobre seguridad de la información fijadas por la empresa; cumplir con las condiciones e instrucciones de uso y conservación de equipos informáticos establecidos en la empresa, dentro de los términos pactados, en su caso, por la negociación colectiva.

²⁶ Puede verse, a este respecto: <https://rafaeljimenezasensio.com/2020/09/23/las-paradojas-de-la-regulacion-del-teletrabajo-la-dualidad-entre-empleo-publico-y-privado/>.

das a un rango reglamentario y con aplicación extendida al resto de Administraciones públicas del territorio, debería de dejar un espacio normativo suficiente al resto de Administraciones en el ámbito de cada Comunidad Autónoma.

Dicho esto, sí que merece alguna reflexión adicional la norma. Con independencia de que debiera ser el concreto puesto de trabajo (y no la clase de personal) y básicamente las tareas asignadas al mismo, las que determinarían la posibilidad de prestación de los servicios en régimen de teletrabajo (que no se olvide, no es íntegramente a distancia ya que se trata de un modelo híbrido presencial/distancia), la norma no aclara si el mismo puede ser de aplicación al personal eventual y al personal que desarrolle su prestación laboral en puestos de naturaleza directiva. En mi opinión la norma, en este caso con buen criterio, no obstaculiza que este personal, ni el eventual ni el directivo, preste sus servicios en dicha modalidad. En efecto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 12.5 TREBEP, referido al personal eventual, al que le es de aplicación en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición el régimen general de los funcionarios de carrera, no imposibilita que las prestaciones laborales de estos pueda ser objeto de desarrollo en modalidad de teletrabajo. Tampoco lo impide el artículo 13, referido al personal directivo, aunque respecto de este, el apartado 4.º de dicho precepto establece como una condición de empleo que no podrá ser objeto de negociación colectiva, por lo que, en el supuesto de que así se prevea, habrá de buscarse otro instrumento o indicar, en forma expresa, en los instrumentos regulatorios que la Administración podrá aplicar dicho régimen al personal directivo cuando los servicios que estos prestan puedan ser desarrollados bajo dicha modalidad. De nuevo puede ser este un nuevo motivo para que sean las relaciones de puestos de trabajo las que establezcan dicha posibilidad.

Una segunda cuestión que requiere consideración es la técnica autorizatoria empleada para la prestación de los servicios en dicha modalidad. En mi opinión, una vez definido en la relación de puestos de trabajo como susceptible de prestación bajo esta modalidad, la autorización debe ceñirse a constatar si los requisitos para la prestación en régimen de teletrabajo concurren en el caso concreto. Es decir, si se tienen o no las competencias digitales precisas, si el puesto tiene establecidos objetivos evaluables en cuanto al régimen de su prestación, si quedan perfectamente asegurados los requisitos materiales para su desarrollo o, en fin, si quedan suficientemente garantizados los derechos –digitales y los relativos a la prevención de riesgos laborales– para que pueda ser autorizada las tareas atribuidas al puesto bajo dicha modalidad. Precisamente, y es preciso dejar constancia de ello, sobre los requisitos que han de concurrir para el desarrollo del teletrabajo la norma básica guarda un escrupuloso silencio que no resulta justificado.

En cualquier caso, y al menos desde mi punto de vista, también merecería la pena abordar otros instrumentos para la autorización de dicha modalidad una vez establecida esta posibilidad en los instrumentos organizativos correspondientes. Como ya sucede en otros ámbitos, la utilización de herramientas como la declaración responsable permitirían agilizar dicha prestación, aunque me temo que esa posibilidad no tendrá muchas opciones de plasmarse hasta que se produzca un mayor recorrido en lo que a la prestación de servicios bajo esta modalidad se refiere.

Obviamente, hay otros aspectos que merecerían mayor reflexión en la norma dictada y que me temo no han sido abordados. Por de pronto, dos que deben ser apuntados y que tiene que ver con el enfoque de derechos que preside la norma y no con el proceso de transformación de una Administración burocrática a una Administración digital que es el que debiera presidirlo. Por un lado, la reiteración de su absoluto carácter voluntario y reversible, que estimo es un paso atrás en dicha regulación. Desde mi punto de vista, debiera haberse reflexionado algo más sobre si la potestad de organización de las Administraciones no ampara que ciertos trabajos de forma obligada se presten en esa modalidad, ya que esa previsión podría ser incompatible, en el *back office*, con la progresiva implantación de una Administración digital. Y, por otro lado, el establecimiento como un pío deseo de objetivos y la evaluación de los mismos. Y es que debemos preguntarnos ¿hasta cuando la Administración no transitará por una senda modernizadora de su actuación? y tal cual se ha apuntado ¿no debiera ser un requisito obligatorio para la prestación de servicios en dicha modalidad como, por ejemplo, hace la norma de Cataluña?

V. CONCLUSIONES: EL DIFÍCIL TRANSITO ENTRE LA ADMINISTRACIÓN ANALÓGICA Y LA ADMINISTRACIÓN DIGITAL

La Administración electrónica no parece que, tras lo vivido en la pandemia, sea en la actualidad una opción. No lo era antes, pero sin duda la situación generada durante la misma, ha puesto de relieve las carencias y la necesidad de avanzar más decididamente en su implementación. De esta forma, y a nivel

normativo, en distintos países ya encontraba una cierta regulación (Mella Méndez y Villalba Sánchez, 2015), pero los acontecimientos vividos a lo largo de 2020 han puesto de manifiesto, más si cabe, que los servicios electrónicos son irrenunciables en la actualidad y seguramente lo van a ser todavía más en el futuro próximo. En realidad, y como ya puede observarse, uno de los retos que habrán de afrontar nuestras Administraciones públicas, más allá de la página web y del propio teletrabajo, será su digitalización que, como se ha expresado, a lo largo de estas líneas, es algo más que lo que hasta ahora denominábamos Administración electrónica.

Ciertamente, esta modalidad de prestación de servicios es objeto de debate entre quienes solo ven ventajas y para quienes el mismo puede implicar un medio de explotación de los trabajadores y una fórmula que facilite el fraude en las relaciones laborales y propicie la externalización de estas²⁷. De ahí el necesario equilibrio entre la perspectiva de garantía de los derechos de los empleados, necesaria en cualquier caso y que este estudio no pretende cuestionar, con las necesidades de transformación en la forma en que prestamos los servicios públicos. Y todo ello con un plan que guíe su implementación, incluida claro está, la adquisición de competencias digitales por los trabajadores (Moorcroft, y Bennett, 1995). Sin duda, el desafío para que el teletrabajo responda a la perspectiva defendida en este estudio consistirá, precisamente, en rediseñar todos los procesos de servicio a partir de las aspiraciones y la experiencia de los ciudadanos, en un estado de continua innovación²⁸.

²⁷ Así lo apunta JIMÉNEZ ASENSIO que estima que pueden darse dos derivas organizativas en el sector público: 1. La amortización de determinados puestos de trabajo que desarrollan actividades profesionales permanentes en situación de teletrabajo, una vez que sus titulares se jubilen (especialmente, puestos de trabajo ocupados por personas que en estos momentos tienen más de sesenta años de edad y que están apartados del trabajo presencial por ser colectivos de riesgo); y 2. La externalización de algunos servicios prestados por teletrabajo y de aquellos otros que, dado el contexto de contingencia y el rígido marco normativo presupuestario, se necesitarán cubrir por el sector público (perfiles tecnológicos, analistas de datos, estadísticos, matemáticos y otros profesionales altamente cualificados, aunque no solo).

Puede consultarse dicha opinión en: <https://rafaeljimenezasensio.com/2020/05/17/la-trastienda-del-teletrabajo/>.

²⁸ Y es que, como han puesto de manifiesto MIKEL GORRITI y JIMÉNEZ ASENSIO para que el teletrabajo pueda desplegarse de forma razonable, se requiere el cumplimiento, al menos, de una serie de exigencias básicas. Y exponen los citados autores las siguientes claves:

- Sin estrategia organizativa, sin una definición de lo que son la misión, visión y valores de la organización, plasmada en un plan de gobierno y en planes operativos de las estructuras departamentales, direcciones o áreas de actuación, el teletrabajo no pasará de ser un pío deseo. No puede estar desligado o descabezado de ese alineamiento dirección/gestión.
- Las funciones y responsabilidades de los puestos de trabajo marcan el campo de juego. Pero la clave está en cómo llevarlas a cabo. Se deben tener claros en todo momento los productos e indicadores que derivan de la ejecución del trabajo que se hará «a distancia».
- Asimismo, se debe concretar la ejecución de la tarea, teniendo en cuenta la carga de trabajo, la complejidad del producto y los objetivos que se pretenden alcanzar. Todo ello debe venir acompañado de los correspondientes umbrales de fechas y objetivos a alcanzar. Pieza capital para el seguimiento y evaluación del trabajo realizado.
- Un problema esencial al que ya se ha hecho referencia es el de los recursos necesarios para desarrollar esa actividad a distancia (desde los recursos tecnológicos hasta aspectos más materiales). No cabe duda que los debería proveer la Administración Pública. Y la pregunta es obligada: ¿está en disposición el sector público de proveer de recursos tecnológicos (duplicados) a todo el personal? El coste de tal operación es elevadísimo. Y el contexto de crisis fiscal aguda.
- El teletrabajo requiere asimismo formación en ejecución y en seguridad laboral. Especialmente en todos los aspectos vinculados con la ciberseguridad.
- El teletrabajo implica, además, unas elevadas cotas de autodisciplina. No es fácil, para quien nunca lo ha hecho, trabajar en casa. Las distracciones son múltiples, más aún con Internet y con la nevera cerca o el televisor (cuando no el teléfono) al costado. No digamos nada si se dispone de terraza o de jardín. La llegada del buen tiempo anima a salir. Nadie nos ve. Y el anonimato es el mejor paisaje para procrastinar. Hay muchas guías «de autoayuda» que intentan disciplinar a los empleados, también a los públicos. Pero sin una voluntad férrea, y un control exigente, no es fácil. Y, finalmente, probablemente el aspecto nuclear, el teletrabajo requiere un especial esfuerzo contextual y de liderazgo transformador por parte del personal directivo y responsable (los mal llamados «jefes»), cuyo papel de acelerador o de freno se dispara. Una mala dirección presencial nunca producirá buenos réditos en su forma telemática. Es posible que empeore. Las habilidades directivas tradicionales se deben combinar con excelentes competencias digitales y con un denodado esfuerzo de seguimiento y evaluación. Sin ello nada funcionará realmente. El teletrabajo multiplica las exigencias de los directivos y responsables, y representa quebrar absolutamente el modelo de falso «igualitarismo formal» para gestionar razonablemente la diferencia. Si hemos sido incapaces hasta la fecha de implantar la evaluación el desempeño en el trabajo presencial, ¿seremos ahora capaces de desarrollarla en el trabajo a distancia?

Y finalizan añadiendo una idea-fuerza como conclusión: el teletrabajo en las Administraciones Públicas, aparte de una cuestión tecnológica, de régimen jurídico y condiciones de trabajo, es sobre todo y ante todo un problema de dirección, organización y gestión (diseño correcto de puestos de trabajo, asignación de tareas, seguimiento y evaluación del desempeño), que poco o nada tiene que ver (aunque haya quien lo confunda) con una actividad de *freelancer* o con quienes son prestadores de servicios profesionales por cuenta propia.

Puede consultarse en <https://rafaeljimenezasensio.com/2020/05/10/teletrabajo-aporia-o-ejemplo/>.

Sin embargo, y como hemos ido poniendo de relieve, la normativa hasta ahora existente en el empleo público en España transita desde la perspectiva subjetiva de protección al trabajador, necesaria sin duda, pero insuficiente para responder a las propias estrategias planteada en la Unión Europea y, muy específicamente, en el caso de España para la transformación digital del sector público²⁹. El inicio del nuevo curso político está trayendo una nueva normativa, a la que se ha hecho referencia, pero que responde en mayor medida a una etapa de transición entre una Administración aún hoy analógica que a una Administración que responda a los requerimientos de la sociedad digital de nuestros días, aunque eso ya debiera ser objeto de otro estudio.

En cualquier caso, si no se repara en que la implantación de un sistema de teletrabajo se ha de enmarcar en una estrategia de las organizaciones públicas que implica una renovación del sistema organizativo tradicionalmente adoptado por estas, de los métodos y procedimientos en que se prestan los servicios públicos que, inclusive, requiere de un cierto cambio cultural, las iniciativas emprendidas no lograrán levantar el vuelo necesario para un verdadero cambio digital que ponga al ciudadano en el centro de las decisiones. La clave no será tener mayores y mejores medios técnicos, ni la mejor página web, ni estar permanentemente en las redes sociales sin interacción alguna con la ciudadanía, sino la mejor experiencia de usuario en su relación con la Administración. Todo lo más, y adviértase el riesgo sexista de la perspectiva aún subsistente, solo logrará que sean las mujeres, que hasta ahora son las que se ha encargado de la economía de los cuidados, las que acaben acogiéndose al mismo perpetuando así ciertos roles que una sociedad avanzada como la española puede y debe desterrar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMONACID LAMELAS, V. (2020): "Regulado el teletrabajo para las AA.PP: el nuevo artículo 47 bis del TREBEP", en *Diario La Ley*, núm. 6.815, págs. 1-2.
- ARROYO YANES, L. M. (2018): "La digitalización de las Administraciones Públicas y su impacto sobre el régimen jurídico de los empleados públicos", en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 15, págs. 82-99.
- BECKOUCHE, P. (2017): "La révolution numérique est-elle un tournant anthropologique?", en *Le Debat*, núm. 193, págs. 153-166. <https://doi.org/10.3917/deba.193.0153>.
- BOIX PALOP, A.; COTINO HUESO, L. (coords.) (2019): *Derecho Público, derechos y transparencia ante el uso de algoritmos, inteligencia artificial y big data*. *Revista General de Derecho Administrativo (sección monográfica)*, núm. 50.
- CARRODEGUAS MÉNDEZ, R. (2020): "La nueva regulación jurídica del teletrabajo en España y su incidencia en el ámbito de la Administración Pública", en *El Consultor de los Ayuntamientos*, 24 de septiembre de 2020.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (coord.); ALGUACIL SANZ, M.; GONZÁLEZ AGUILERA, S.; MORO CORDERO, M. A. (2016): *A las puertas de la Administración Digital*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- DI MARTINO, V.; WIRTH, L. (1990): "Teletrabajo; un nuevo modo de trabajo y de vida", en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 109, núm. 4, págs. 469-498.
- DOMENECH PASCUAL, G. (2006): *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos. El derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- FERNÁNDEZ DE MARCOS, L.; DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. (2016): "Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: novedades en materia de Administración electrónica", en *Actualidad Administrativa*, núm. 1.
- GAETA, L. (1995): "Il telelavoro: lege e contrataciones", en *Giornale di Diritto del Lavoro e di relazioni industriali*, núm. 68.
- GALA DURAN, C. (2001): "Teletrabajo y sistema de seguridad social", en *Revista Relaciones Laborales*, núm. 2, págs. 1.189-1.214.
- GARCÍA GONZÁLEZ, G. (2020): "La nueva regulación del trabajo a distancia y del teletrabajo: entre lo simbólico y lo impreciso", en *Trabajo y Derecho*, núm. 72.
- GÓMEZ PUENTE, M. (2019): *La Administración electrónica. El procedimiento administrativo digital*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

²⁹ En el caso de Europa puede consultarse en https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age_es y el documento *Dar forma al futuro digital de Europa* en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_273 (consultada el 25 de agosto de 2020). Y, en el caso de España, todavía más recientemente, se presentó el *Plan Digital España 2025* que puede consultarse en https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2020/230720-Espa%C3%B1aDigital_2025.pdf (consultada el 25 de agosto de 2020).

- GORRITI BONTIGUI M.; JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2020): “Teletrabajo: ¿aporía o ejemplo?”, en *La mirada institucional*. <https://rafaeljimenezasensio.com/2020/05/10/teletrabajo-aporía-o-ejemplo/>.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2020): *La nueva regulación sobre el teletrabajo: análisis del marco normativo. Protección de los derechos digitales de los empleados públicos y de los ciudadanos en el sistema del trabajo a distancia*, Ponencia presentada en la sesión del día 29 de septiembre de 2020 en el Seminari de Relacions Collectives organizado por la Federació de Municipis de Catalunya. <https://rafaeljimenezasensio.files.wordpress.com/2020/10/fmc-ponencia-teletrabajo.pdf>.
- JIMÉNEZ, S. (2019): *Transformación digital para Administraciones Públicas: Crear valor para la ciudadanía del siglo XXI*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (Serie Innova).
- MARTÍN DELGADO, I. (dir.) (2017): *La reforma de la Administración Electrónica. Una oportunidad para la innovación desde el Derecho*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- MARTÍN DELGADO, I. (2018): “Contratación pública electrónica e innovación administrativa”, en FERNÁNDEZ SALMERÓN, M.; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. (dirs.): *Transparencia, innovación y buen gobierno en la contratación pública*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MARTÍNEZ LÓPEZ, F.; LUNA HUERTAS, P.; ROCA PULIDO, J. C. (2001): “El teletrabajo en España: Análisis comparativo con la Unión Europea”, en *Relaciones Laborales*, núm. 2, págs. 1.215-1.236.
- MELLA MÉNDEZ, L.; VILLALBA SÁNCHEZ, A. (2015): *Trabajo a distancia y teletrabajo: estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado*. Aranzadi: Thomson Reuters.
- MERCADER UGUINA, J. R. (2017): *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MERCADER URQUINA, J. R. (2020): “Nuevos escenarios para el Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI: digitalización y cambio tecnológico”, en *Trabajo y Derecho*, núm. 63.
- MOORCROFT, S.; BENNETT, V. (1995): *European Guide to Teleworking*. European Foundation for the Improvement of Living Working Conditions.
- PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL, F. (1993): “El trabajo subordinado como tipo contractual”, en *Documentación laboral*, núm. 39, págs. 29-48.
- PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL, F. (2005): “La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica”, en *Relaciones Laborales*, núm. 10, págs. 1.315-1.338.
- PIÑAR MAÑAS, J. L.; DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (dirs.) (2018): *Sociedad Digital y Derecho*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- RIVERO ORTEGA, R. (2017): “Gestión pública inteligente, innovación e información: oportunidades y riesgos del Big data administrativo”, en *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 86, págs. 141-152.
- SANGUINETI RAYMOND, W. (2020): “La noción jurídica de teletrabajo y el teletrabajo”, en *Trabajo y Derecho*, núm. 72.
- SCHWAB, K. (2016): *La cuarta revolución industrial*. Madrid: Debate.
- SIERRA BENÍTEZ, E. M. (2011): *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*. Sevilla: Consejo Económico y Social de Andalucía.
- SIERRA BENÍTEZ, E. M. (2017): “Valoración crítica y propuesta de mejora de la regulación del trabajo a distancia en la normativa estatal y autonómica”, en *Trabajo y Derecho*, núm. 29, págs. 57-72.
- SIMÕES BARATA, M. (2020): “O regime jurídico do teletrabalho em Portugal”, en *Revista Ibérica do Direito*, Año I, vol. I, núm. 1, págs. 58-65.
- THIBAUT ARANDA, J. (2000): *El teletrabajo. Análisis jurídico laboral*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- THIBAUT ARANDA, J.; JURADO SEGOVIA, Á. (2003): “Algunas consideraciones en torno al Acuerdo Marco Europeo sobre teletrabajo”, en *Temas Laborales*, núm. 72, págs. 35-67.
- VALERO TORRIJOS, J. (2013): *Derecho, innovación y administración electrónica*. Sevilla: Global Law Press.
- VALERO TORRIJOS, J. (2019): “Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración”, en *Revista Catalana de Derecho Público*, (sección monográfica La Administración en la era digital), núm. 58, págs. 82-96.
- VILLALBA SÁNCHEZ, A. (2017): “El teletrabajo en las Administraciones Públicas”, en *Lan harremanak-Revista de Relaciones Laborales*, núm. 36, págs. 216-246. <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.17933>.



Documentación Administrativa, número 7, enero-diciembre de 2020
Sección: ARTÍCULOS
DOI: <https://doi.org/10.24965/da.i7.10894>
Páginas: 126-144

El futuro del empleo público local: retos ante un mundo digital

The future of local public employment: challenges in a digital world

Concepción Campos Acuña

Ayuntamiento de Vigo (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7718-8000>

concepcion.campos@vigo.org

NOTA BIOGRÁFICA

Doctora en Derecho, Secretaria de Administración Local, Académica correspondiente de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Codirectora de Red Localis y Presidenta de la Asociación de Mujeres en el Sector Público. Autora de múltiples publicaciones en revistas especializadas, Directora de distintas obras colectivas, pertenece a distintos Consejos editoriales, y es colaboradora habitual en procesos de reforma de administración pública.

RESUMEN

El sector público se encuentra abocado a un proceso de reflexión sobre la transformación que necesita para adecuarse a la sociedad del conocimiento, fuertemente marcada por la tecnología y su efecto disruptivo en el modelo de gestión. En este contexto, el éxito en los retos de futuro que debe abordar sólo serán posibles en el marco de un diseño adecuado del empleo público, diseño que examinamos en el presente trabajo desde la óptica del ámbito local. Para ello se analizarán sus peculiaridades en una organización territorial compleja, y con una planta local que, por su dimensionamiento, condiciona la disponibilidad de los recursos humanos precisos para la adecuación de la administración a las necesidades de la ciudadanía. El factor digital exige situar en el centro de la reflexión tanto el completo proceso de incorporación de personas al servicio público, con las dificultades en la captación del talento, como en el desempeño del mismo, siendo preciso articular un haz de competencias profesionales que permita responder acertadamente al nuevo modelo de gestión pública. Tras el análisis y la reflexión se formulan una serie de propuestas, enunciando líneas claves para rediseñar el modelo de empleo público local sin necesidad de modificar su marco normativo.

PALABRAS CLAVE

Empleo; futuro; digital; local; gobierno.

ABSTRACT

The public sector is engaged in a process of reflection on the transformation it needs to adapt to the knowledge society, strongly marked by technology and its disruptive effect on the management model. In this context, success in the future challenges that it must address will only be possible within the framework of an adequate design of public employment, a design that we examine in this paper from the local perspective. For this, its peculiarities will be analyzed in a complex territorial organization, and with a local plant that, due to its size, conditions the availability of the human resources required to adapt the administration to the needs of the citizens. The digital factor requires placing at the center of reflection both the complete process of incorporation of people into the public service, with the difficulties in attracting talent, as well as in the performance of it, being necessary to articulate a bundle of professional skills that allows responding rightly to the new model of public management. After analysis and reflection, a series of proposals are formulated, setting out key lines to redesign the local public employment model without the need to modify its regulatory framework.

KEYWORDS

Employment; future; digital; local; government.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. LAS PECULIARIDADES DEL MUNDO LOCAL Y SU PROYECCIÓN EN EL MODELO DE EMPLEO PÚBLICO. 1.1. EL DIMENSIONAMIENTO DE LA PLANTA LOCAL COMO FACTOR LIMITATIVO DEL CAMBIO. 1.2. LAS ENTIDADES LOCALES COMO PRESTADORAS DE SERVICIOS BÁSICOS A LA CIUDADANÍA. 1.3. MARCO NORMATIVO DE APLICACIÓN AL EMPLEO PÚBLICO LOCAL. 2. APROXIMACIÓN A LAS PATOLOGÍAS EN LA DEFINICIÓN DEL MODELO DE GESTIÓN DE PERSONAS. 2.1. DISFUNCIONES COMUNES EN LA GESTIÓN DE PERSONAS. 2.2. LA INEXISTENTE DIRECCIÓN PÚBLICA PROFESIONAL Y EL PAPEL DE LOS FUNCIONARIOS DE HABILITACIÓN NACIONAL. 3. LOS RETOS DEL EMPLEO PÚBLICO LOCAL EN EL S. XXI. 3.1. ENFOCANDO NECESIDADES DEL EMPLEO PÚBLICO LOCAL DESDE LA OBSOLESCENCIA DEL MODELO ACTUAL. 3.2. SELECCIONANDO PERSONAL DEL S. XXI CON MÉTODOS DEL S. XX: CÓMO AVANZAR. 3.3. EL APRENDIZAJE CONTINUO EN TIEMPOS LÍQUIDOS: PRACTICANDO EL *RESKILLING*. 4. COMPETENCIAS NECESARIAS EN LA DEFINICIÓN DE LOS PERFILES PROFESIONALES DEL MUNDO LOCAL. 4.1. COMPETENCIAS DIGITALES: ARTICULANDO LAS BASES DE LA EVOLUCIÓN TECNOLÓGICA. 4.2. TELETRABAJO EN EL ÁMBITO LOCAL Y LA CONFIGURACIÓN DEL PUESTO DE TRABAJO 360°. 4.3. IMPACTO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LA ROBOTIZACIÓN EN EL EMPLEO PÚBLICO LOCAL. 4.4. DIFICULTADES EN LA INTRODUCCIÓN Y EVALUACIÓN DE *SOFT SKILLS* EN EL EMPLEO PÚBLICO LOCAL. 5. RECAPITULANDO EL ESTADO DE LA CUESTIÓN Y PERSPECTIVAS DE REFORMA. 5.1 REPENSANDO EL MODELO DESDE EL DEBATE MULTILATERAL. 5.2. PROPUESTAS DE AJUSTE EN EL EMPLEO PÚBLICO LOCAL PARA UN FUTURO QUE YA ES PRESENTE. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

Desde comienzos del s. XXI vivimos inmersos en nuevas realidades que presentan un mundo en continua evolución y sometido a la transformación e innovación que trae consigo la tecnología, avances a los que las administraciones públicas en general, y las locales, en particular, no pueden ignorar, siguiendo su tradicional inmovilismo frente a los cambios. La aparición de las nuevas tecnologías en el último cuarto del s. XX y la fuerza de su irrupción en el conjunto de la sociedad en el s. XXI a un ritmo vertiginoso que resulta difícil seguir en el peculiar calendario de la gestión pública exigen, demandan una completa transformación. Un proceso de transformación que debe ser objeto de liderazgo, liderazgo que no puede asumirse únicamente en torno a consideraciones y cuestiones tecnológicas, sino desde la organización y la gestión de personas, que se convertirán en el elemento diferencial de la gestión pública.

Porque «la transformación digital de la sociedad española no puede hacerse al margen de la Administración Pública ni dejando incólume el empleo público. La disrupción tecnológica vendrá acompañada de disrupción organizativa y funcional» (Jiménez, 2020), el futuro del empleo público, en general, y local, en particular, está directamente relacionado con la capacidad para completar el proceso de transformación, para convertir administraciones del s. XX en administraciones del s. XXI, para liderar el futuro desde lo público. Y a tal fin serán necesarias personas con competencias para diagnosticar y resolver problemas, con la visión sistémica, y con aspectos diferentes de su personalidad como la iniciativa, la creatividad, la curiosidad y la imaginación, con las *soft skills*. Por ello, resulta necesario abordar ya, sin más dilación y procrastinación la revisión del modelo de empleo público local.

Parece bastante unánime el consenso sobre la circunstancia de que el gran cambio que se avecina en la organización futura del trabajo vendrá de la mano de la robótica y la inteligencia artificial, por lo que las administraciones públicas no pueden dejar de plantearse los retos de futuro inminentes que se presentan para la interiorización de los nuevos modelos de trabajo y de gestión, entendiendo precisamente que esa robotización y la utilización de la inteligencia artificial exigirán la revisión del modelo en profundidad, capitalizando el talento de los empleados para generar mayor valor público, poniendo en valor las destrezas y habilidades no automatizables, buscando el adecuado equilibrio y combinación entre la inteligencia artificial y la inteligencia emocional.

Este escenario disruptivo de la tecnología se ha visto intensificado por un factor exógeno e imprevisible, la declaración de la pandemia por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en marzo de 2020 por la COVID-19, situándonos definitivamente, ante lo que se conocía ya como tiempos VUCA, expresión que describe, por sus siglas en inglés, un entorno caracterizado por la Volatilidad (*Volatility*), la Incertidumbre (*Uncertainty*), la Complejidad (*Complexity*) y la Ambigüedad (*Ambiguity*). Y es en este entorno VUCA tan

marcado por la globalización y la disrupción tecnológica, en el que los sistemas públicos afrontan desafíos importantes, una parte de los cuales tiene que ver con las enormes oportunidades de progreso que los nuevos escenarios traen consigo, y con el insustituible rol de liderazgo que el sector público debe asumir para aprovecharlas, y para asumir todos estos cambios es necesario un modelo adecuado de gobernanza (Longo, 2019).

La Recomendación sobre Liderazgo y Capacidad en la Función Pública, adoptada el 17 de enero de 2019 por el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) a propuesta del Comité de Gobernanza Pública, destaca que una función pública profesional, competente y eficaz es un factor fundamental para fomentar la confianza en los ciudadanos en las instituciones públicas y cómo los servidores públicos y los sistemas utilizados para su gestión son un componente esencial de la gobernanza pública, que repercute directamente en la calidad de los procesos democráticos y en la capacidad de gobierno para promover y proteger el bienestar de los ciudadanos y generar y mantener un crecimiento económico inclusivo; reconociendo que la función pública se enfrenta a nuevos retos frente a quienes deben estar facultados y capacitados para responder de manera eficaz, en particular mediante la innovación y una interpretación más importante de las cuentas, al tiempo que se mantienen estables y fiables en la prestación de servicios de manera justa y oportuna y sobre la base de los principios de la buena gobernanza.

En el caso del empleo público local, y sin perjuicio de compartir una problemática columna vertebral con el empleo público de los demás niveles de gobierno, debemos advertir que presenta una serie de características muy marcadas por la excesiva temporalidad del mismo, la indefinición por la indebida gestión y la ausencia de planificación, la inexistencia de instrumentos de ordenación de recursos humanos adecuadamente configurados, capturas políticas y sindicales, aspectos todos ellos sobre los que, por su complejidad y por no formar parte de los objetivos fijados en el presente trabajo, no profundizaremos. En este análisis nos centraremos en el escenario que para el nivel de gobierno y administración local se abre en la actualidad, con la llegada de la cuarta revolución industrial, su impacto en la gestión, la digitalización y la automatización de procesos y cómo ese escenario condiciona el empleo público local. Porque será preciso contar con empleados públicos capacitados en dichas líneas de competencias profesionales, debiendo abordar la reforma del modelo de selección, provisión y carrera profesional, reforma que, como veremos, no pasa (únicamente) por un nuevo marco legislativo, sino por la valentía de adoptar decisiones diferentes a las tradicionales con una visión estratégica del empleado público como vector clave en este proceso de transformación de la administración.

Para ello se pondrá el acento en el análisis del nivel de gobierno y administración local desde la exposición de las peculiaridades que, frente a los niveles de Estado y CC.AA presenta, peculiaridades profundamente marcadas por la dimensión de la planta local. Y tras realizar una aproximación al marco legal y a los aspectos organizativos en la gestión de personas, abordaremos ese futuro del empleo público local, desde la óptica de la dimensión digital de la gestión pública, examinando el concepto de las competencias profesionales que se requieren para una adecuada prestación de servicios públicos locales y garantía de derechos de la ciudadanía ante la administración más próxima. Para ello el despiece de las competencias profesionales será segmentado en dos ejes que forman parte del mismo ecosistema: competencias digitales y competencias de *soft law*. Para cerrar, y tras una breve recapitulación, realizaremos una sistematización sobre las inaplazables decisiones que el mundo local debe tomar si no quiere prolongar la, por el momento, solo anunciada, obsolescencia del empleo público local.

1. LAS PECULIARIDADES DEL MUNDO LOCAL Y SU PROYECCIÓN EN EL MODELO DE EMPLEO PÚBLICO

Los cambios en el modelo de gestión local requieren también cambios en el modelo de empleo público, pues la prestación de nuevos servicios y la reconfiguración de las entidades locales en el momento actual, caracterizada por la versatilidad, diversidad y especialización presenta notables dificultades en relación a los niveles de gobierno estatal y autonómico, tal y como examinaremos a continuación (Campos *et al.*, 2017).

1.1. El dimensionamiento de la planta local como factor limitativo del cambio

En un escenario tan complejo como el surgido tras la declaración de la pandemia por el COVID-19, los responsables de las entidades públicas que no estaban preparadas para el funcionamiento electrónico, han tenido que asumir una realidad íntegramente electrónica, aceptar el teletrabajo y las relaciones electrónicas

interadministrativas, y poner sobre la mesa la necesidad de adecuar las competencias profesionales de los empleados públicos a un entorno digital. A pesar de existir un entorno normativo íntegramente digital en vigor desde octubre del año 2016, conformado por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) y Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), ha tenido que ser la situación generada a raíz del COVID-19 y su proyección en el empleo público la que ha generado el sentido de urgencia en la transformación digital y en el empleo público¹.

Una mirada al empleo público local en los últimos 40 años permite observar el impacto de la crisis en el empleo público local y, en particular, las medidas de recorte adoptadas durante el período de crisis, se pone de manifiesto con el dato evolutivo del momento en el que el empleo público local presentó su nivel histórico más elevado, en el año 2011, momento en el que alcanzaba casi un escenario de 672.000 personas prestando servicios para la Administración local. Tras el progresivo descenso, producido no tanto por la crisis como por las citadas medidas, se observa que en el año 2019 se ha recuperado casi la totalidad de puestos (Esteban, 2019).

Según los últimos datos resultantes del boletín estadístico del personal al servicio de las Administraciones Públicas 2019, el personal al servicio de la administración local presenta los siguientes datos:

TABLA 1. PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL (2019)

Tipo de personal	Efectivos	Porcentaje
Funcionarios con Habilitación de Carácter Nacional	5.171	0,91 %
Resto de personal	565.648	99,09 %
TOTAL	570.819	100 %

Fuente: Boletín estadístico del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Ministerio de Política Territorial y Administraciones Públicas.

La configuración de la planta local exige, desde el punto de vista de la gestión de personas diferenciar claramente dos niveles: por una parte, el de los más de seis mil ochocientos municipios con población inferior a cinco mil habitantes y, por otra, la de los mil trescientos que superan ese umbral. La diferente dimensión de unos y otros presenta problemáticas distintas y, en consecuencia, soluciones diversas. Como expondremos, respecto a los primeros debe reclamarse la acción de la asistencia y cooperación técnica por los gobiernos locales intermedios en el primer caso –diputaciones, cabildos y consejos insulares–, en tanto, que en el caso de las ciudades, la responsabilidad será de sus equipos de gobierno, adecuando sus estructuras y funcionamiento a esta nueva política de recursos humanos (Cuenca, 2019).

Según el Instituto Nacional de Estadística (INE), en 2019 el 72 % de la población en España ocupaba el 1 % de todo el territorio y el 90 % de los residentes en España residía en el 12 % del territorio. Según el INE (2020) en 2019, más del 60 % de los ayuntamientos en España tenía menos de 1.000 habitantes, y en ellos vivía el 3,1 % de la población. De los 8.124 municipios españoles, 2.627 (32,3 %) tienen entre 101 y 500 habitantes; de ellos 1.360 (16,7 %) tienen 100 habitantes o menos, es decir, el 90 % de la población en España vive en el 30 % del territorio (Losa y Vaquero, 2020). La realidad nos muestra como únicamente 63 municipios españoles tienen más de 100.000 habitantes, el 40 % de toda la población española, datos que evidencian las dificultades de disponer de sistemas uniformes en la gestión de personas.

En este sentido, y a efectos valorativos del modelo de empleo público local de futuro, puede afirmarse que uno de los condicionantes que producen mayor impacto en el mundo local es la dimensión de su planta, impacto que se produce básicamente en tres planos: disponibilidad de recursos, ineficiencias en la financia-

¹ En el ámbito local, por ejemplo, a pesar de la ya antigua demanda para permitir la asistencia en remoto a las sesiones de los órganos colegiados de gobierno, voto incluido, ha tenido que ser el COVID-19 el motivo que justificase una reforma legal que lo permitiese, y así la previsión de las sesiones telemáticas por los órganos colegiados de gobierno local se ha incluido expresamente en el articulado de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL) mediante la adición de un apartado tercero al artículo 46 por el Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.

ción y calidad en los servicios. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el importante declive demográfico ha convertido a muchos municipios en minúsculos núcleos de población, con cada vez menos población y más personas de edad avanzada, que mantienen su condición administrativa, pero se ven incapaces, por no contar con suficientes medios personales y materiales, de autogestionar sus intereses y las demandas de la ciudadanía.

1.2. Las entidades locales como prestadoras de servicios básicos a la ciudadanía

Para abordar el modelo de empleo público local es preciso plantear, en primer lugar, el papel que corresponde a las entidades locales, que distan mucho del que desempeñaban cuando se fraguó su primera regulación a mediados de los años 80. Si bien recogía ya unas amplias competencias para la intervención en la vida de sus ciudadanos, la configuración de los servicios públicos que se presta desde el mundo local ha sufrido una profunda transformación en cuanto a la forma y al fondo. A la prestación de servicios municipales de carácter básico, conforme a lo establecido en el artículo 26 LRBRL, debemos añadir los inéditos escenarios derivados de la introducción de nuevas tecnologías, no sólo la administración electrónica, sino también el *open data*, el *big data* o el *blockchain*, y nuevos modelos de gestión demandados por una sociedad cada vez más activa y conocedora de sus derechos.

Las entidades locales se ven abocadas a sumarse a la transformación que si bien se denomina digital, va mucho más allá, pues se trata, en realidad, de la transformación del modelo de administración pública. Un simple vistazo a los que el artículo 26 LRBRL define como servicios municipales básicos en función de la escala poblacional es suficiente para calibrar la diferente dimensión, y en consecuencia, coste que tienen en la actualidad, así como las capacidades con las que debe contar el personal al que corresponde su prestación, en el marco de las amplias competencias conferidas a las entidades locales vía artículo 25 LRBRL, y, sin perjuicio de lo que establezca la normativa autonómica dictada en la materia.

Sin olvidarnos del impacto que la externalización de servicios públicos puede tener en el dimensionamiento de los recursos humanos que puedan necesitar las entidades locales en el ejercicio de sus competencias, pues ha presentado tradicionalmente notables ventajas en términos de flexibilidad en relación con el modelo de empleo público, dada la imposibilidad de contratar nuevos empleados públicos, por el elevado coste de los empleados públicos o como consecuencia de las rigideces del modelo de gestión, alejándose de los criterios que deben motivar esta decisión para la mejora de la calidad y la eficiencia de los servicios públicos en términos de lógica contractual, y convirtiéndose en un cauce para resolver problemas derivados de una mala organización y una deficiente gestión de recursos humanos (García *et al.*, 2007).

La importancia del factor humano en una administración tan próxima al ciudadano y que atiende con inmediatez gran número de servicios básicos de prestación obligatoria, exige ofrecer herramientas ágiles y flexibles, pero también eficaces para garantizar esas prestaciones. Pensemos en la naturaleza de los servicios que se prestan desde el mundo local, y su impacto en la vida de la ciudadanía, como servicios sociales, recogida y tratamiento de residuos sólidos urbanos, tráfico y seguridad ciudadana, ciclo integral del agua, servicios de urbanismo, etc. que, además, presentan cada vez mayores niveles de complejidad. Para la prestación en términos de calidad y alineados con los Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS) es necesaria una organización de recursos personales que conjugue un marco legal claro y de instrumentos de gestión que permitan un desarrollo flexible que haga frente a una demanda sostenida y elástica, y integrando, al tiempo, los principios de legalidad con los de economía y eficiencia (Campos *et al.*, 2017).

A la hora de evaluar el impacto de la digitalización y la automatización del mundo local no debe llevarnos a engaño la temprana tendencia de las ciudades por las tecnologías inteligentes (Smart) y la apuesta por las conocidas como *smart cities*, las ciudades inteligentes, pensando que el ámbito local se encuentra en un nivel más avanzado en relación con el despliegue del nuevo modelo de administración. En muchos casos, esta smartificación se ha visto reducida a sensores instalados en las papeleras, farolas, semáforos y, en las calles, sin saber cómo gestionar la información que dichos dispositivos ofrecen en el marco de *big data* y la inteligencia artificial, y sin optimizar, en consecuencia, las oportunidades y posibilidades que de ello se derivan (Ramió, 2018).

1.3. Marco normativo de aplicación al empleo público local

La aprobación en el año 2007 del Estatuto Básico del Empleado Público, Ley 7/2007, de 14 de mayo, en la actualidad, Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, (en adelan-

te TREBEP) intentaba marcar un nuevo modelo de empleo público. A pesar de tratarse de un texto novedoso que incorporaba en su día diversas herramientas para la modernización del modelo de empleo público, bien sea por el peso de la rutina o de los intereses creados o porque no se ha considerado cuestión urgente avanzar en las reformas del empleo público, o por las dudas sobre qué hacer y sobre las consecuencias de los cambios que aquella legislación básica propicia, «la situación normativa es un EBEP apenas desarrollado y peor aplicado» (Sánchez, 2012).

En cuanto al marco legal aplicable al empleo público local, la LRBRL contempla en su artículo 92, que los funcionarios al servicio de la Administración local se rigen, en lo no dispuesto en la misma por el TREBEP, por la restante legislación del Estado en materia de función pública, así como por la legislación de las Comunidades Autónomas, en los términos del artículo 149.1.18.a) de la Constitución Española (CE). Este marco legal se completa con lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de Disposiciones vigentes en materia de Régimen Local (TRRL) y las especialidades en la regulación de los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional que luego se verán.

El empleo público local no ha sido objeto de atención preferente en la reforma efectuada en el año 2013, por la Ley 27/2013, de 30 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), pero sí contenía algunas modificaciones que afectaban al empleo público local, demostrando una tendencia a la funcionarización, a una cierta limitación del personal de libre nombramiento político y a la centralización del régimen de los funcionarios con habilitación de carácter nacional, en garantía de la mayor independencia de los mismos, en particular, en lo relativo a la Intervención (Sánchez, 2014). Tampoco el legislador autonómico se ha preocupado, con carácter general, en abordar nuevos enfoques para las entidades locales en cuanto a la planificación, dirección y evaluación de personas, como lo demuestra la Ley 2/2015, de 29 de abril, de Empleo Público Local de Galicia.

Se demuestra así el escaso interés tanto del legislador estatal como de los autonómicos por abordar las especificidades propias de las administraciones locales en general, y de su personal en particular. Así, no deja de resultar desolador que la regulación de los recursos humanos de un Ayuntamiento de 5.000 habitantes, con no más de 40 efectivos, se someta a la misma disciplina que una administración que gestiona más de dos millones de habitantes y cuenta con miles de efectivos. Ni la selección de personal, ni la reserva de plazas a personas con discapacidad, ni la movilidad de su personal, ni la carrera profesional o los sistemas de ordenación y estructuración del personal, pueden ser los mismos.

2. APROXIMACIÓN A LAS PATOLOGÍAS EN LA DEFINICIÓN DEL MODELO DE GESTIÓN DE PERSONAS

El personal que presta sus servicios en las entidades locales presenta una serie de patologías muy comunes al conjunto de las que se identifican en general para el personal al servicio de las diferentes administraciones públicas, que si bien no es posible abordar en toda su dimensión, sí enunciaremos para ofrecer una visión global de diagnóstico.

2.1. Disfunciones comunes en la gestión de personas

La falta de gestión del relevo generacional

En estos momentos las administraciones públicas se caracterizan por un notable envejecimiento de unas plantillas que no han ido incorporando un sistema de renovación del capital humano, y, en consecuencia, la inexistencia de mecanismos de transferencia del conocimiento que impedirá un correcto relevo generacional. Este escenario presenta dos serios riesgos: por un lado, la falta de servidores públicos conectados generacionalmente con los cambios tecnológicos y sociales; y, por otro, la pérdida del *know-how*, de la experiencia acumulada.

Parece así que es una urgencia contemporánea el abordar el envejecimiento y la renovación generacional de los empleados públicos, denostando las críticas a los empleados de mayor edad, únicamente en atención a dicho dato, por considerar que ya no son válidos para el nuevo modelo. Esta situación no se predica en exclusiva del sector público, pues en general se habla de la fuga de cerebros de entre los más jóvenes, hasta 1,1 millón de jóvenes entre 16 y 35 años emigró entre los años, 2012-2018, lo que no hace más que empeorar el balance generacional, pero nadie habla de la fuga de talento de los mayores de 55 años, en muchos casos como consecuencia de su descarte por edad (Rosillo, 2019).

Inexistencia de carrera profesional

El TREBEP dedica su Capítulo II, del Título III a la regulación de concepto, principios y modalidades de la carrera profesional de los funcionarios de carrera, disponiendo que la carrera profesional se configura como el conjunto ordenado de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad, para garantizar dicho derecho las Administraciones Públicas promoverán la actualización y perfeccionamiento de la cualificación profesional de sus funcionarios de carrera.

Sin embargo, la carrera administrativa no está respondiendo a su verdadera finalidad sino que se ha utilizado como puente para generar una vía de incremento salarial, y como no existe implantada en España una auténtica carrera administrativa de carácter horizontal se produce en el sistema una enorme presión por crear más estructura (puestos de jefatura con niveles altos) de la objetivamente necesaria, presión que en el ámbito local se ejerce con mayor facilidad por la proximidad que permite capturas sindicales y/o políticas. La carrera profesional en los Ayuntamientos pequeños sólo puede realizarse a través de la movilidad interadministrativa que, a pesar de los tímidos intentos del legislador, todavía está enfocada muy restrictivamente, su instrumentación necesita en todo caso de un convenio o que otras administraciones puedan crear puestos abiertos a su cobertura por empleados de otras administraciones atendiendo a criterios de reciprocidad, con algunos ejemplos como los previstos en la normativa autonómica gallega, en relación con el ámbito local.

Ausencia de planificación

Las urgencias de la gestión crítica es una (frecuente) disfunción en el ámbito local, por lo que la planificación no es una de las características generalizadas en este nivel de gobierno y administración, disfunción que se extiende al ámbito del empleo público local donde se observa una falta de una estructura organizativa o la existencia de una estructura muy antigua que ha quedado totalmente obsoleta y no se adapta a la realidad. No cabe duda de que el cambio pasa por las personas que forman parte de la organización, pero si no se organiza a esas personas mucho esfuerzo puede perderse (Povedano, 2019).

Las relaciones de puestos de trabajo (RPT), en las entidades en las que existen, ha servido, en muchos casos, para la acomodación de los puestos de trabajo ya existentes que fueron creándose sin mayor planificación que las conveniencias políticas y administrativas del momento, además aunque resulta obligatoria su elaboración, parecen responder a una idea formalista y estática por cuanto no se impone ninguna obligación de revisión periódica lo que resta del dinamismo que requieren para la motivación del personal y la adecuación continua de los recursos humanos y de las funciones que desempeñan a la realidad.

2.2. La inexistente dirección pública profesional y el papel de los funcionarios de habilitación nacional

La reflexión de que será a los responsables máximos de las entidades locales planificar el despliegue tecnológico en las mismas y su impacto en el empleo público, nos sitúa ante una realidad marcada por la ausencia de profesionalidad en los niveles de dirección pública local. No es una característica en exclusiva del mundo local, pero sí presenta especiales aristas por la proximidad que caracteriza a los niveles de gobierno y administración local y la fuerte influencia que la demanda ciudadana puede ejercer en términos de dinámicas electorales y capturas de gestión. La transformación de las dinámicas del empleo público exige el ejercicio de un fuerte liderazgo, que, en el ámbito local, presenta una dualidad clara, por un lado el liderazgo político que corresponde a los representantes políticos, de naturaleza electa, y, por otro, el liderazgo directivo en el plano administrativo y que, ante la ausencia de un nivel directivo propio en la función pública local, corresponde, en la mayoría de las ocasiones, de facto, a los Funcionarios de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional (FHN). Y ello es así porque este cuerpo de funcionarios constituyen la columna vertebral que, desde el punto de vista de la dirección, se puede encontrar en una planta local tan asimétrica como la nuestra, figura común a todos los municipios y dotados de un conocimiento transversal y unas competencias profesionales que les convierten en el eje fundamental de la transformación.

El EBEP abrió un horizonte de esperanza en cuanto a la configuración de la dirección pública profesional al contemplar en su artículo 13 la figura de la dirección pública profesional. Sin embargo, a pesar del tiempo transcurrido, más de 13 años desde la aprobación del EBEP, el desarrollo de una dirección pública profesional sigue siendo una tarea pendiente, encontrando únicamente algunos desarrollos autonómicos, y,

en el ámbito local, la creación de una categoría que podríamos calificar de híbrida entre la dirección pública profesional y la política tras la reforma de 2003. Debemos recordar que en relación con los Municipios de gran población se creaba una estructura directiva, en su artículo 130 LRBR, introduciendo, por primera vez, la noción de órganos directivos en el ámbito local, tras distinguir entre órganos superiores y directivos.

Los intentos de regular la función directiva en la Administración local son paralelos a los de la legislación básica de régimen funcional, si bien adolecen de una aproximación parcial y compleja, en gran medida, precisamente, por la dificultad de deslindar la función directiva en la Administración local respecto a las funciones reservadas a los funcionarios con habilitación de carácter nacional (Fuentetaja, 2015). Sobre las posibilidades de regulación y desarrollo del estatuto del directivo local por las propias entidades locales se pronunciaba el Tribunal Supremo por la STS de 17 de diciembre de 2019 (rec. 2145/2017) dando respuesta a la cuestión de interés casacional, consistente en determinar «Si entra dentro de las competencias de los entes locales y, en particular, de las Diputaciones Provinciales la regulación de su personal directivo» y concluye fijando doctrina casacional en el sentido de que «el artículo 13 del Estatuto Básico del Empleado Público atribuye su desarrollo al Gobierno y a las Comunidades Autónomas».

Como se apuntaba, dentro del marco organizativo del empleo público local se encuentra una peculiaridad derivada de la existencia de categoría *sui generis*, los FHN. El rediseño y la reconfiguración del perfil de los FHN, pasando de ser órganos de control de legalidad y fiscalización a pilares del nuevo modelo de administración, nace, del proceso de transformación que está experimentando la propia administración en su transición al s. XXI y en el cual adquiere un protagonismo muy relevante el papel de las nuevas tecnologías, para alcanzar una administración innovadora, transparente, abierta, social. La modernización de este cuerpo se produjo con la aprobación del Real Decreto 128/20118, de 17 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional que, si bien se aprobaba, en mi opinión, sin aprovechar todas las oportunidades que el marco normativo existente y la configuración que la sociedad exige de una administración abierta, transparente, ágil y centrada en el ciudadano, se puede negar la mejora que, en muchos aspectos, se produce, en particular, en cuanto al refuerzo de las funciones reservadas a los FHN, que se reencuentran con funciones centrales en el nuevo modelo de administración pública, electrónica y transparente.

3. LOS RETOS DEL EMPLEO PÚBLICO LOCAL EN EL S. XXI

La condición necesaria, aunque no suficiente, para disponer de empleados públicos alineados con las necesidades de futuro del mundo local se deriva, en gran medida, de la política y la gestión de la selección. Y una vez se ha logrado introducir en una institución pública el talento profesional, de lo que se trata es de mantenerlo e incrementarlo, y ahí es cuando entran en juego otros elementos básicos de un modelo de gestión de recursos humanos como, entre otros, la formación, la carrera administrativa y la evaluación del desempeño (Ramíó, 2017a).

3.1. Enfocando necesidades del empleo público local desde la obsolescencia del modelo actual

Los apuntes realizados en relación con este tema adquieren todavía mayores dimensiones en el ámbito de la administración local, a las que el dimensionamiento de la planta local, la escasez de recursos y la (con) fusión entre los niveles de gobierno y administración la convierten en rehén de prácticas clientelares, sin que ni tan siquiera podamos culpar de la endémica situación en la que se hayan únicamente al modelo de selección vía oposición tradicional. La problemática apunta a cómo «las élites de la mayoría de las sociedades tienden a recurrir a redes de familiares y amigos», sobre la base de la selección por parentesco y altruismo recíproco. Hunde sus raíces en el *spoils system*, explicado por el presidente de EE.UU, Jefferson, sobre la base de que los puestos públicos son sencillos, y por ello cualquier ciudadano, y quién mejor que aquéllos de su círculo que le ayuden a implementar su programa electoral, con mínima cultura y sentido común puede hacerlo (Fukuyama, 2016).

Aunque el marco legal en materia de empleo público está obsoleto y necesita una profunda revisión, nada impide a las entidades locales adoptar medidas de modernización de los procesos selectivos que permitan alinear la captación de talento con las necesidades que presenta el mundo local. Con carácter previo abordaremos una cuestión colateral pero muy relevante cómo es la relativa al órgano de selección, su configuración y composición, que juega también un papel determinante, máxime en el ámbito local de nivel

medio y pequeño, en el cual el principio de proximidad, tan positivo en determinados escenarios, el recurso al personal de la propia entidad, normalmente vecinos de la propia localidad, con vínculos sociales, familiares, políticos o económicos, así como la proximidad del órgano político y en consecuencia a la presión que éste pueda ejercer, supone un riesgo para la integridad del proceso selectivo, por lo que sería recomendable contar con personal ajeno a la misma.

De hecho, esta medida está ya prevista en algunas leyes autonómicas para la selección de los policías locales o, con carácter general (Fondevila, 2008), como, por ejemplo, La Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía acoge esta posibilidad a través de la Diputación Provincial, al contemplar, en su artículo 12.1, entre lo deberes de asistencia técnica de la provincia al municipio, la selección del personal de los municipios de su ámbito territorial.

3.2. Seleccionando personal del s. XXI con métodos del s. XX: cómo avanzar

El TRRL dispone, en su artículo, 133 que el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración Local se ajustará a la legislación básica del Estado sobre función pública, y se establecerá teniendo en cuenta la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación a los puestos de trabajo que se hayan de desempeñar, incluyendo a tal efecto las pruebas prácticas que sean precisas. Este mandato debe completarse con lo establecido en el Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración Local², normas que han quedado absolutamente obsoletas y desactualizadas.

Por su parte, en el artículo 61 TREBEP el legislador básico establece un mandato que resulta fundamental a efectos de reforzar las propuestas de este trabajo en cuanto a la definición de un modelo de empleo público local de futuro y la necesidad de abordar la captación del talento necesario a través de sistemas menos arcaicos, cuando señala que los procedimientos de selección cuidarán especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo convocados, incluyendo, en su caso, las pruebas prácticas que sean precisas. Porque frente a las resistencias formalistas al cambio, las voces que reclaman una reforma en el sistema de acceso al empleo público actual no pretenden una ruptura con los principios de mérito y capacidad establecidos en el artículo 103 CE, sino un cambio en el modelo caduco de la oposición de mediados del SXX como mero ejercicio memorístico y de repetición como única vía de acceso al empleo público, con independencia del tipo de puesto a desempeñar, sin evaluar competencias y capacidades.

Una mirada a nuestro alrededor permite comprobar que existen en la actualidad algunos modelos de selección de empleados públicos que optan por otros mecanismos para proveer a las Administraciones del que será su personal, como en el caso de Reino Unido, que cuenta con un programa orientado a captar talento de las universidades mediante la realización de unas prácticas retribuidas en el periodo estival, en la que los estudiantes tendrán ocasión de conocer el funcionamiento real de una Administración Pública³. La participación en este programa con una valoración positiva permite el acceso al *Fast Pass* como vía prioritaria para llegar a la fase final del proceso de selección, además de un curso de preparación avanzado para superar el *Civil Service Fast Stream*⁴. En Francia se ha llevado a cabo también un proceso de modernización del empleo público, donde se puede destacar el esfuerzo de concreción del proceso de selección de personal laboral, y el intento de dar mayor clarificación a los regímenes de contratación temporal/indefinido (Boto, 2016).

3.3. El aprendizaje continuo en tiempos líquidos: practicando el *reskilling*

La formación de los empleados públicos no sólo debe ser concebida como una herramienta vinculada al proceso de ingreso en la administración, sino como un proceso continuo a lo largo de toda la carrera administrativa. Se trata de un derecho contemplado en el TREBEP, pero que constituye también un deber, máxime en un entorno tan volátil como el actual, en el aprendizaje que se configura como un derecho-deber y para la adecuada configuración del modelo de empleo y sobre todo, a efectos de garantizar la adecuación de conocimientos y destrezas del puesto en cada momento dada su «liquidez» (Bauman, 2002), que permita

² Recoge el acceso al empleo público local, con carácter general, a través del sistema de oposición, salvo que, por la naturaleza de las plazas o de las funciones a desempeñar, sea más adecuada la utilización del sistema de concurso-oposición o concurso.

³ Summer Diversity Internship Programme.

⁴ <https://www.faststream.gov.uk/>.

el desempeño del mismo para garantizar la calidad de los servicios públicos y la igualdad de derechos de los ciudadanos.

En este sentido resulta preciso prestar especial referencia a la excesiva atención a la formación jurídica de los empleados públicos, descuidando la adquisición de otros conocimientos, que hoy podríamos incluir en el ámbito de las competencias, señalando el profesor Royo-Villanueva (1950) expresamente que no sólo deberían crearse juristas sino «administradores», pues el mero conocimiento de las leyes no habilita para la buena administración, siendo necesario disponer de mayor información y habilidades para ofrecer la solución acertada, la más adecuada para la finalidad de responder al interés general.

Jiménez (2019) apunta especialmente a cómo son precisamente las profesiones jurídicas en las Administraciones Públicas, en cuanto que buena parte de las tareas que realizan hoy en día serán automatizadas a medio plazo, las que deben establecer procedimientos de revisión y análisis sobre su necesidad, que, de conformarse, exigirá una nueva configuración más allá del contenido puramente jurídico, pues será necesario no sólo comprobar que cuentan con un elevado conocimiento y destrezas de competencias digitales, y garantizar que acrediten actitudes y aptitudes para desarrollar competencias imprescindibles en su labor futura: creatividad, iniciativa, resiliencia y adaptación al cambio, empatía, trabajo en equipo y pensamiento crítico.

El concepto tradicional de formación debe evolucionar, para adaptarse a los cambios profundos que supone la sociedad del conocimiento, «Más que proporcionar formación debe facilitar experiencias de aprendizaje que permitan acceder, crear y compartir conocimiento no sólo hacia dentro de la organización sino también hacia la ciudadanía ofreciendo productos y servicios con valor público». Es necesario proporcionar condiciones para la adquisición de competencias horizontales comunes a todas las personas que trabajan en las administraciones públicas, pero también es necesario trabajar una serie de competencias vinculadas a los distintos puestos de trabajo (Seisdedos, 2019) y para ello es preciso llevar a cabo un análisis de los puestos que, en la mayor parte de las entidades locales, no se lleva a cabo y dotar de capacidad de adaptación a nuevos puestos de trabajo necesarios para prestar servicios públicos que aún están por crear y diseñar (De la Nuez, 2018).

4. COMPETENCIAS NECESARIAS EN LA DEFINICIÓN DE LOS PERFILES PROFESIONALES DEL MUNDO LOCAL

La gestión de los recursos humanos en el ámbito local presenta importantes retos ante el gran cambio en el que se encuentra el mundo actual y que ha sufrido una relevante aceleración por el efecto del COVID-19, cambios que se centrarán en el futuro en la nueva organización del trabajo y que vendrán de la mano de la robótica y de la inteligencia artificial. Para asumir este nuevo entorno digital y tecnológico la capacitación de los empleados públicos y la dotación de las competencias profesionales adaptadas a la sociedad del s. XXI la clave pasa por configurar un modelo de capital humano basado en dos tipos de competencias. Por una parte, las competencias digitales, que permiten conocer las potencialidades de la tecnología y su aplicación en la gestión pública, debilitando, también, esa aversión al riesgo que impide en muchos casos su pleno despliegue. Y, por otro, las competencias blandas, las *soft skills*, que facilitarán que el valor añadido de talento humano pueda desarrollarse en aquellos ámbitos donde las máquinas no llegan, en la creatividad, asertividad, resiliencia, en capacidades que convergen en la inteligencia emocional que fomentará la necesaria adaptabilidad de los empleados públicos y responsables directivos y políticos.

Si se trata de un planteamiento complejo en el sector público, todavía presenta mayores dificultades en el ámbito local, tan intermediado por los condicionamientos expuestos, en cuanto a dimensionamiento y confluencia de intereses políticos, funcionariales y sindicales en un entorno de máxima proximidad y las dificultades apuntadas en relación con el dimensionamiento de la planta local y la inherente falta de recursos.

4.1. Competencias digitales: articulando las bases de la evolución tecnológica

La llegada de la cuarta revolución industrial a las administraciones públicas significa la transición hacia una gobernanza inteligente mediada por algoritmos, que implica tecnologías que requieren una interacción continua y el aprendizaje constante con los seres humanos (Margetts y Dorobantu, 2019), por lo que la interacción de la IA con los empleados públicos será fundamental, y la dotación de un currículo profesional de inteligencia emocional, de *soft skills* para éstos resultará clave para asumir los retos de futuro, tan marcados

por la incertidumbre. Por ello, ante una sociedad hiperconectada y expuesta a flujos masivos de información, es necesario dotar a los empleados públicos de las capacidades y competencias necesarias para la gestión de ese escenario, fomentando las capacidades creativas, atencionales y físicas (Ruiz del Corral, 2017).

Resulta básica la capacitación de los empleados públicos en las nuevas competencias digitales, una realidad en la que coinciden las administraciones públicas, que requiere impulsar la formación de empleados y empleadas públicas en la transformación digital, invertir en tecnologías de la información y mejorar las competencias digitales del personal. Lo primero que tendremos que hacer es ofrecer una definición de las competencias digitales. En este punto seguiremos la definición utilizada en DIGCOMP que proviene de la Recomendación 2006/962/CE sobre las competencias clave para el aprendizaje permanente, y dice lo siguiente: «La competencia digital entraña el uso seguro y crítico de las tecnologías de la sociedad de la información (TSI) para el trabajo, el ocio y la comunicación. Se sustenta en las competencias básicas en materia de TIC: el uso de ordenadores para obtener, evaluar, almacenar, producir, presentar e intercambiar información, y comunicarse y participar en redes de colaboración a través de Internet». No debemos confundir las competencias digitales con la simple utilización de herramientas tecnológicas, como un *smartphone* o un ordenador, sino que va más allá, orientándose a un uso creativo, crítico y seguro de las tecnologías de la información y la comunicación, con el conocimiento y control de las principales aplicaciones informáticas, el acceso a fuentes seguras y el conocimiento de los derechos y las libertades que asisten a las personas en el mundo digital (Campos, 2020).

El DigComp distribuye estas competencias en cinco áreas: información, comunicación y colaboración, creación de contenidos, seguridad y resolución de problemas. La última versión de este documento se adapta a los avances digitales, planteando cuestiones transversales como la seguridad y la resolución de problemas, y otras más habituales como la generación de contenidos, la interacción a través de herramientas digitales o la simple comunicación. Todas ellas incluyen competencias diferenciadas (un total de 21) que se definen a través de 8 niveles de aptitud, clasificación que permite a profesionales y usuarios identificar la forma de mejorar sus capacidades a la hora de manejar los dispositivos electrónicos.

La versión actual se ha denominado DigComp 2.1 y busca el desarrollo de los tres niveles iniciales de competencia, para dar paso a una descripción más detallada en 8 niveles de aptitud, con ejemplos de uso de cada uno de ellos. El objetivo es servir de apoyo a los profesionales interesados en la implementación de este marco de referencia. La descripción de cada nivel contiene conocimientos, habilidades y actitudes definidas por *descriptores* en cada nivel y en cada competencia.

- Área de competencia 1: Información y alfabetización digital.
- Área de competencia 2: Comunicación y colaboración online.
- Área de competencia 3: Creación de contenidos digitales.
- Área de competencia 4: Seguridad en la red.
- Área de competencia 5: Resolución de problemas.

En todo caso, debe tenerse en consideración que en las administraciones públicas existen múltiples escalas, subescalas, y no todos ellos necesitan las mismas competencias digitales, y aún así, dentro de las mismas plazas el destino a un puesto de trabajo o a otro determinará el nivel necesario, pero, en todo caso, los procesos selectivos deben valorar las posibilidades de los candidatos para utilizar las TIC en su futuro trabajo, máxime teniendo en cuenta lo establecido en el marco DIGCOMP. De ahí que no sólo sea importante la determinación de estas competencias en el proceso de acceso, sino que también será fundamental la adecuada definición de los puestos para determinar el nivel necesario en competencias digitales de forma proporcional a los cometidos a desarrollar, en aplicación del deber recogido en el artículo 54.8 TREBEP se encuentra mantener actualizada su formación y cualificación, con particular importancia de las competencias digitales de los niveles directivos de la Administración.

4.2. Una breve reflexión sobre el teletrabajo en el mundo local y el puesto de trabajo 360°

La situación generada por el Covid19 y la declaración del estado de alarma nos situaba ante un nuevo e inédito escenario de aislamiento social y protagonismo de la digitalización en el ámbito profesional. Y en ese contexto, adquiriría una relevancia no deseada un tema que había sido orillado reiteradamente por los modelos organizativos del empleo, tanto públicos como privados, el teletrabajo o el trabajo a distancia.

A pesar de que, inicialmente, no se adoptó una previsión de carácter general sobre el teletrabajo en el conjunto de las administraciones públicas, tratándose de una cuestión organizativa, tanto en el ámbito esta-

tal, como autonómico y local se fueron adoptando medidas para facilitar la continuidad del funcionamiento en régimen de teletrabajo, tomando como referencia en muchos casos, las cuestiones de riesgo sanitario y conciliación de la vida personal y familiar para su priorización.

Con posterioridad y ante la necesidad impulsar nuevas formas de organización y estructuración del trabajo de los empleados públicos para el mejor servicio a los intereses generales que tienen encomendado y ante la constatación de la necesidad de seguir avanzando en la adaptación de las administraciones a la administración digital, se aprobaba el Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

La regulación, limitada a la incorporación de un nuevo precepto al TREBEP, el artículo 47 bis, exige su adecuación bien por las normativas autonómicas bien por las respectivas entidades locales. En este sentido, para el ámbito local puede reseñarse la aprobación del Reglamento por el que se regula la prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la Diputación Provincial de Almería, que más allá de la pandemia y las especiales circunstancias generadas por el COVID-19, y se aprueba con vocación de permanencia y estabilidad dentro del haz de potestades de las Corporaciones Locales, en particular, la reglamentaria y de autoorganización, dictado al amparo del artículo 4.1 LRBRL.

En esta línea debe citarse la aprobación de la Estrategia España Digital 2025 que contempla un apartado específico relativo a la Transformación del Sector Público, donde desgrana una serie de objetivos específicos y un conjunto de medidas orientadas a la Administración pública *data-driven*, desde la relevancia del dato y su gobernanza para la personalización de los servicios públicos y en la que contempla un nuevo concepto «puesto de trabajo de nueva generación». Afirma que se potenciarán soluciones de puesto de trabajo, conectividad y colaboración de nueva generación que habiliten la movilidad y el trabajo no presencial de los empleados públicos. En dicho sentido llama la atención el *reskilling* de los empleados públicos para adaptarse a esta nueva manera de trabajo, en alusión al trabajo íntegramente digital y también a distancia. Y de la proposición a la acción, encomienda al Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) para desarrollar un Plan de capacitación de los empleados públicos en las competencias digitales para esa adaptación.

Por su parte, la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, en el marco de las líneas de actuación contempla en la línea 5.1 «Aprovechar los beneficios para la administración del uso de la IA, la incorporación de la IA en la administración pública para mejorar la eficiencia en la relación con los ciudadanos, industria, empresas, y la sociedad en general y eliminar cuellos de botella administrativos y para ello, fomentar el uso de IA en la Administración, desde el acceso a la función pública, la formación de los empleados públicos, hasta la definición de puestos de trabajo».

4.3. Impacto de la Inteligencia Artificial y la robotización en el empleo público local

¿Qué futuro nos espera? Responder a esta pregunta exige un cierto ejercicio de funambulismo pues en estos tiempos resulta muy difícil realizar cualquier predicción, pero para intentar tener ciertas certezas, las entidades locales, en el marco de sus políticas públicas de recursos humanos deberán formular las preguntas adecuadas para poder planificar las vacantes y siguiendo a Gorriti (2018) éstas serían:

- ¿Qué necesito crear?
- ¿Qué necesito rediseñar?
- ¿Qué necesito no reponer?

Podemos decir que la idea fuerza que debe presidir la interacción entre la IA y los empleados públicos es muy clara: «las personas deberán hacer cosas que las máquinas no puedan hacer» y la creatividad, la empatía y otras cualidades sólo se predicen, al menos de momento, de los seres humanos, por lo que es precisa una revisión del modelo de unas administraciones públicas monopolizadas por la dimensión jurídica, para advertir los impactos de esta transformación digital y robótica pueden ser sencillamente extraordinarios (Jiménez, 2018). Quizás la cifra del 47 % en destrucción de empleo como consecuencia de la automatización (Osborne et al., 2017) pueda ser un poco excesiva, pero no cabe duda que este proceso sí tendrá impacto en el empleo en general, y también en el empleo público, en particular. Según Hidalgo (2018) la probabilidad de automatización en las Administraciones Públicas alcanzaría un 44,8 %. Algunos puestos son susceptibles de automatizarse y probablemente se automatizarán, pero en la mayoría de los casos, serán algunas de las tareas que desempeñan las que serán objeto de automatización, siendo preciso proceder al rediseño

de los puestos, a través de una adecuada gestión de vacantes.. En esa disyuntiva, sustitución o complementariedad, las tareas que no podrán ser automatizadas son aquéllas vinculadas a las *soft skills*, el gran aporte de los empleados públicos, de hecho, como hemos visto, la caracterización de las tareas como rutinarias o vinculadas a la inteligencia, fuerza física o habilidades sociales y su peso relativo, serán las que determinarán la probabilidad de automatización de las tareas.

El especial dimensionamiento de las entidades locales las convierte en un ámbito en el que abunda el empleo no cualificado, auxiliares, administrativos, notificadores, conserjes, puestos de trabajo que, sin duda, se verán impactados en mayor medida por la automatización de procesos, de tal modo que la revisión de los procesos y su automatización hará que desaparezcan estas necesidades de personal⁵. Sin perjuicio de ello, también se extenderá a determinados ámbitos profesionales más cualificados, como contabilidad y auditoría, aunque probablemente el proceso sea mucho más lento de lo que auguran los diferentes pronósticos, en el caso de la administración y dado su carácter reactivo no cabe duda de que los impactos se producirán a menor velocidad, máxime en el ámbito local, donde la priorización de intereses particulares, corporativos y clientelares tienen mayor capacidad de maniobra para ralentizar, cuando no evitar, los cambios (Ramió, 2017b).

La reducción estimada en un 30 % de los actuales puestos de trabajo, se vería parcialmente paliada por el incremento derivado de nuevos perfiles profesionales: a los actuales gestores tecnológicos habría que añadir personal especializado en gestión de la información y de la inteligencia artificial, desde analistas de *big data* hasta otros analistas de información, diseñadores y gestores de la robótica, controladores y evaluadores de los sistemas externalizados y, finalmente, otras profesiones que todavía son desconocidas. Estos nuevos colectivos profesionales podrían suponer el incremento de un 10 % de efectivos de personal. Entre la reducción y el incremento el resultado final podría acercarse a una reducción del 50 % del actual volumen de personal. Es decir, podríamos pasar en España de los 3,1 millones actuales de empleados públicos a un 1,5 millones (Ramió, 2017a).

Sobre cómo impactará la robotización y la automatización en el empleo público local, podemos resumir lo expuesto en torno a los siguientes ejes (Ramió, 2017b):

- La organización del trabajo cambiará. Al igual que en las precedentes revoluciones industriales, la cuarta revolución traerá consigo una profunda remodelación de la organización del trabajo, que impactará en tres niveles, destrucción, en el caso de la administración pública, básicamente en los niveles subalternos y auxiliares, sin perjuicio de la afectación a determinados puestos cualificados; transformación, rediseñando aquéllos puestos que permitan su adecuación y aparición de nuevos puestos⁶.
- El personal que permanezca al servicio de la administración pública en el futuro tendrá un perfil muy mayoritario de elevada cualificación, serán aquéllos que en atención a unos perfiles profesionales marcados no sólo por el conocimiento sino también por las competencias blandas puedan aportar mayor valor público.
- Urge abordar procesos de consolidación del empleo local y de la regularización de los millares de empleados locales en situación precaria. La gestión de los recursos humanos en el ámbito local presenta importantes retos ante el gran cambio que se avecina en el futuro en la nueva organización del trabajo y que va a venir de la mano de la robótica y de la inteligencia artificial.

4.4. Dificultades en la introducción y evaluación de *soft skills* en el empleo público local

Frente a la realidad descrita que nos plantea el elevado grado de automatización que se ha puesto en marcha y su imparable avance debemos tomar en consideración que el impacto en el empleo público no sólo se producirá en términos de desaparición sino que dicho impacto revertirá en una mayor flexibilidad del modelo, en cuanto los «burócratas», como tales, desaparecerán, ya que su labor diaria se concentra en la realización de tareas mecánicas y repetitivas, siendo por tanto la creatividad y la inteligencia

⁵ Pensemos en áreas de trabajo específicas del mundo local como es la gestión del empadronamiento y la emisión de certificados que ha sido objeto de *Robot Process Automation* (RPA) ya por numerosas entidades locales.

⁶ POVEDANO (2019) propone considerar «a extinguir» los puestos de: conserje, bedel, auxiliar administrativo, peón y crear puestos de relaciones públicas, protocolo y comunicaciones, técnico de administración electrónica, e-archivero, compliance público o analista de datos públicos.

emocional factores clave del nuevo tiempo. Porque al margen de cuestiones de orden tecnológico, la aplicación de las tecnologías en ámbitos resistentes como el público, requiere no sólo de recursos tecnológicos sino también de competencias blandas tanto por los responsables políticos como administrativo valentía, creatividad y *think out of the box*, para proceder a la adopción de casos de uso que permitan ir introduciendo este tipo de innovaciones, y que, al tiempo se permita el desarrollo de la creatividad (Catalá y Cortés, 2019).

Según el documento “Habilidades, educación y empleo en América Latina (BID 2012)”; las habilidades se podrían agrupar en cognitivas y no cognitivas o socioemocionales. Las primeras estarían en la esfera de la cognición, y se vinculan al coeficiente intelectual, y también formarían parte del «saber académico» o área del conocimiento que incluye las matemáticas y el lenguaje. Y habilidades socioemocionales serían parte del «área del comportamiento» y el énfasis fundamental es que pertenecen a los rasgos de personalidad (Gutiérrez y Matus, 2015). Abordar la incorporación de las *soft skills* al nuevo modelo de empleo público es una necesidad presente y que se agudiza con la evolución de la implantación de las tecnologías y la generalización de las técnicas de robotización e inteligencia artificial.

Uno de los mayores obstáculos que se presenta a la utilización de las *soft skills* en el acceso al empleo público puede advertirse con facilidad por su difícil encaje en el modelo actual anteriormente descrito, dada la intangibilidad de las mismas. El problema de la evaluación de este tipo de competencias, tradicionalmente se ha abordado desde tres perspectivas: la primera, mediante instrumentos basados en cuestionarios y autoinformes de los empleados que se someten a la evaluación, la segunda a través de medidas de evaluación de observadores externos, basados en cuestionarios cumplimentados por los propios compañeros o por el responsables y una tercera que comprendería medidas de habilidad o de ejecución frente a diversas tareas de carácter emocional que el interesado debe resolver (Pacheco y Berrocal, 2004).

En el ámbito local, dentro de la poca literatura específica, destaca una investigación sobre la inteligencia emocional como habilidad directiva en el contexto de la Administración Local en la Provincia de Córdoba (España), que, sin perjuicio de otras consideraciones, permite extraer las siguientes conclusiones (Pereda *et al.*, 2018):

- a) la influencia que los empleados públicos otorgan a las habilidades directivas sobre aspectos organizacionales es muy alta, como lo demuestra las medias obtenidas, todas, excepto una, por encima de 4, sobre una escala de Likert de cinco puntos;
- b) resulta muy llamativo la gran influencia que los empleados públicos otorgan a las habilidades como responsable en la estrategia de mejora de la eficacia y eficiencia, así como en los resultados alcanzados por las organizaciones;
- c) igualmente, la mejora en la motivación y satisfacción de los empleados es un aspecto muy valorado como un resultado muy destacable en el deseado despliegue de las habilidades por parte del personal directivo, fundamentalmente;
- d) curiosamente, la única variable que se queda por debajo de 4, que aún siendo alta, es precisamente la influencia en la selección de los empleados públicos.

A pesar de la revolución que la utilización de estas competencias para la selección y captación del empleo pueda parecer, no se trata de un ámbito tan novedoso, pues podemos remontarnos a la China Imperial, en fechas tan tempranas como en el año 2200 a.c., donde ya se empleaba un sistema de exámenes para valorar y decidir si los funcionarios del gobierno eran aptos o no para el desempeño de sus funciones. Se trataba de un sistema que se configuraba con una periodicidad que era trienal y se servía de «pruebas» para evaluar las habilidades en música, tiro con arco, equitación y escritura o los conocimientos sobre los principios de Confucio, los ritos y las ceremonias, las leyes civiles, la agricultura, la geografía o la poesía. Se trataba de exámenes orales, más que escritos, que no sólo evaluaban lo que los candidatos decían, sus conocimientos, sino también cómo lo decían (Arribas, 2014)

5. RECAPITULANDO EL ESTADO DE LA CUESTIÓN Y PERSPECTIVAS DE REFORMA

Desde el punto de vista de la gestión pública, podríamos afirmar que nos encontramos ante un final de ciclo, cuyo inicio se sitúa en la revolución francesa y en la revolución industrial para poner fin con la revolución tecnológica y de la sociedad del aprendizaje, todavía pendiente de definición del nuevo orden económico y del nuevo modelo político e institucional, identificando 4 modelos de administración pública

desde finales del s. XIX: modelo de patronazgo o clientelar, modelo burocrático, modelo gerencial y modelo de gobernanza. Si bien, en el caso de las entidades locales resulta necesario tomar en consideración las diferencias de nivel que presenta en relación con los niveles de gobierno y administración del Estado y de las Comunidades Autónomas, peculiaridades que condicionan, en gran medida, las posibilidades de contar con un único modelo de empleo público adecuado a las fuertes asimetrías del mundo local (Ramió, 2017a).

5.1. Repensando el modelo desde el debate multilateral

La reforma del modelo de empleo público se encuentra, en la actualidad, en el epicentro del debate público, académico y profesional, sobre la base de los factores que hemos estado examinando: el creciente envejecimiento de las plantillas, las dificultades de la administración para la retención del talento, la adecuación de estructuras y organización a los instrumentos legales, y las dificultades para adecuarse a las novedades derivadas del nuevo modelo de sociedad y las nuevas tecnologías.

La fuerte crisis que se iniciaba en el año 2008 tuvo también unos efectos devastadores sobre las unidades de recursos humanos del sector público y las personas que allí trabajan, afirmación que se extiende en grado máximo al ámbito local y como consecuencia, se ha producido una simple reposición, allí donde las limitaciones presupuestarias lo permitían, con nula gestión e inexistente planificación de la política de recursos humanos, alejando cualquier atisbo de enfoque estratégico, dejando aletargarse a las herramientas que el marco normativo ofrece para gestionar talento, adaptar recursos y mejorar la calidad del empleo y, en consecuencia del servicio público. Debe tenerse en cuenta que la gestión de personas se encuentra, en el ámbito local, fuertemente condicionada por una decisión del legislador, encomendar la jefatura de personal a la persona titular de la Alcaldía, decisión que no parece encajar demasiado en un modelo de gestión profesional, pues en muchos casos la dependencia política de un modo tan directo y en ámbitos de proximidad no conlleva sino a perpetuar las prácticas clientelares, sin que se pueda dar entrada a una planificación estratégica, dado el cortoplacismo de los tiempos que marcan los sucesivos procesos electorales, y la falta de cualificación técnica para afrontar, por parte de aquéllos que están sometidos al escrutinio del voto de muchos de sus empleados públicos (familiares y allegados), con valentía que requieren los cambios que deberían implementarse.

No cabe duda de que la nueva organización del trabajo que emana de la revolución digital, así como el incipiente pero contundente impacto de la robótica y los sistemas de colaboración público y privada debería alterar de inmediato el redimensionamiento del empleo público local. El régimen jurídico de los empleados públicos debe hacer posible la selección de los mejores candidatos, proporcionarles unas oportunidades de promoción profesional y una compensación por su trabajo que estimulen su dedicación al servicio público, así como la formación más apropiada para atenderlo y establecer un equilibrio adecuado entre sus derechos e intereses legítimos y sus deberes, obligaciones y responsabilidades, teniendo en cuenta que lo primordial es siempre garantizar el mejor servicio al conjunto de la ciudadanía, de especial impacto por los principios de proximidad y subsidiariedad que caracterizan al ámbito local.

A este marco básico necesitado de mejora, pretende ofrecer propuestas de solución el programa “Repensar la selección del empleo público”, puesto en marcha por el Ministerio de Política Territorial y Función Pública, a través de la Secretaría General de Función Pública, sobre temas tan relevantes como la planificación de la selección; las amenazas y oportunidades del envejecimiento del empleo público; la capacidad y mérito: qué tipo de talento debe atraer y reclutar la Administración pública; el proceso selectivo y la igualdad y la transparencia en los procesos de selección y que tiene como objetivo identificar, contrastar y debatir las posiciones de las personas implicadas en la selección del empleo público de la Administración General del Estado.

Dentro de esta visión hacia el futuro de las entidades locales deben situarse las políticas de Gobierno Abierto y la implantación de los Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS) en el marco de la Agenda 2030. Respecto al primero, desde los pilares de transparencia, participación y colaboración, políticas cuyo máximo exponente puede apreciarse en el ámbito local, por la cercanía de la sociedad al mismo. En cuanto a los ODS, el papel de los gobiernos locales en el logro de los objetivos es crucial y depende en gran medida del capital humano para la ejecución de las políticas públicas, ya que todos los ODS incluyen metas relacionadas con competencias y responsabilidades de la esfera local y municipal, principalmente en la prestación de servicios básicos y en la promoción de un desarrollo territorial endógeno, inclusivo y sostenible.

5.2. Propuestas de ajuste en el empleo público local para un futuro que ya es presente

Al margen de la existencia de procesos de revisión del marco normativo del estatuto básico del empleo público, la adecuación del empleo público local a las necesidades de futuro, y, en particular, al escenario marcado por las tendencias de digitalización, podría alcanzarse sobre la base de las siguientes propuestas:

- Reforzar los planes de captación del talento para el servicio público, emulando las experiencias de nuestro entorno y previendo la posibilidad de acudir a modelos de colaboración con las universidades, subvenciones de formación, que faciliten la visión del mundo local como un ámbito profesional de interés para el talento.
- Revisar el modelo de selección, aun cuando el marco legal básico no se modifique, el actual no lo impide, pues muy poco se ha avanzado en relación a los primeros sistemas de «oposiciones libres», implantados en el s. XIX (Jiménez, 2018).
- Gestionar el relevo generacional, por una parte, fortaleciendo las capacidades de los empleados públicos de mayor edad y estableciendo sistemas de transferencia del conocimiento y retención del *know-how*.
- Fortalecer el perfil de las competencias profesionales con la finalidad de que aporten valor añadido (creatividad, iniciativa, innovación, pensamiento crítico, *soft skills*, etc.), exigiendo tales competencias en procesos selectivos o en la provisión de puestos de trabajo.
- Profesionalizar la Dirección Pública local. Debe apostarse por la configuración de una Dirección Pública profesionalizada, en particular en los niveles directivos, alejada de los núcleos de poder político y de las capturas que la proximidad de los niveles de gobierno y administración pueden permitir, y con un desempeño objetivo e imparcial de sus funciones.
- Impulsar un clima ético organizacional. Mediante la identificación de los valores de la entidad con los empleados públicos, por ello, más allá de la introducción de este tipo de conocimientos en los sistemas de acceso resulta capital diseñar un sistema de integridad institucional que garantice la satisfacción de los objetivos perseguidos por la entidad.
- Gestionar el conocimiento. No se da suficiente relevancia a la gestión del conocimiento en las entidades locales, gestión que se encuentra precisamente en el personal a su servicio, es decir, es un conocimiento individual, tácito, que debe convertirse en explícito para socializarse con el conjunto de la organización, compartirlo y ponerlo al servicio de todos.
- Planificar y ordenar la gestión de personas. En dicho sentido, llevar a cabo una gestión planificada de vacantes (Gorriti, 2018), que detecte las tareas que se van a automatizar a corto/medio plazo, amortizando aquellos puestos o dotaciones que sea vean más afectados por la automatización de tareas, redefinir asimismo las funciones y tareas de los que se mantenga, y crear, en paralelo, nuevos puestos de trabajo que hagan frente a las necesidades a medio plazo de las organizaciones locales (titulaciones STEM).
- Solucionar las deficiencias de personal de puestos especializados mediante alguna de las siguientes opciones: agrupación de puestos, sobre la articulación de un modelo similar al establecido para los FHN en el RD 128/2018, que contempla que las Entidades Locales cuyo volumen de servicios o recursos sea insuficiente o crear Cuerpos técnicos provinciales de asistencia municipal, en particular, vinculados a puestos TIC.
- Profesionalizar la selección de los empleados públicos locales, promoviendo la existencia de órganos de selección permanentes exógenos, vinculados a los institutos de administración pública o a las Diputaciones provinciales o CC.AA uniprovinciales.
- *Reskilling* permanente en el seno de la organización, pasando de modelos de aprendizaje tradicionales a aprendizajes en línea con el nuevo modelo de administración, a modo de palancas de cambio que permitan garantizar, en todo momento, la adecuación a las demandas de la sociedad, alineando ciudadanía y administración.
- Desarrollar la carrera profesional a través de la movilidad intermunicipal pero también horizontal entre el conjunto de administraciones públicas, frente a visiones exclusivamente vinculadas a la mejora retributiva, sin apenas modificación alguna en el puesto de trabajo, y cuya ausencia de mayor desarrollo quizás pueda atribuirse a la llegada de la crisis.
- Evaluación del desempeño. Para que la evaluación responda a la filosofía y finalidad prevista inicialmente en el EBEP debe estar basada y diseñarse desde un análisis del puesto de trabajo,

comprendiendo comportamientos laborales relevantes bajo el dominio del empleado público, con un proceso sistemático basado en el principio de igualdad y en un estándar de desempeño preestablecido (Gorriti, 2011).

CONCLUSIONES

Los factores que impactan en este horizonte de urgencia en la redefinición del modelo de empleo público local no son pocos, pero a efectos de determinar su mayor incidencia podemos apuntar la globalización, el envejecimiento de la población, con el consiguiente reto demográfico, la revolución tecnológica con todas sus derivadas y los profundos cambios en los modelos productivos, en un entorno de crisis económica y post crisis. Por ello, uno de los retos a los que se enfrentan las entidades locales es la adecuación de los perfiles profesionales a los desafíos presentes y futuros, siendo preciso dar prioridad a la captación de inteligencia y talento e incorporar al sector público nuevas competencias en las áreas más conectadas con la innovación, y capacidades para la asunción del nuevo escenario. Es en este punto donde debemos subrayar la importancia de las competencias profesionales, tanto tecnológicas como de *soft law* para el desempeño de sus funciones, con una actitud crítica, capacidad de preguntar y de cuestionar en permanente clave de mejora y para ello debe conocer y comprender el entorno digital y ejercer un desempeño íntegro, basado en una actuación ética, conforme a unos principios y valores, sino de que dichas competencias deben asegurarse en el conjunto de la organización, garantizando la adecuación de los modelos de captación de talento público pero también el *reskilling* del ya existente.

No puede negarse la evidencia de que existe un considerable déficit en la gestión de personas en gran parte de las entidades locales, máxime desde el punto de vista de la planificación, pero tan importante es contar con el adecuado marco normativo para asumir este proceso de transformación como contar con las herramientas de gestión necesarias, ágiles y flexibles por definición, que permitan afrontar los nuevos retos y ofrecer soluciones innovadoras a problemas que se generan ante inéditos escenarios (Castillo, 2011). Como hemos visto, éste es el modelo hacia el que están evolucionando los países de nuestro entorno, donde debemos recordar la creación del *Senior Civil Service* en el Reino Unido, estructura profesional que se debe precisamente al impulso político o la propia *Ecole Nationale d'Administration* (ENA) en Francia, aunque en este último caso se encuentra sujeta a una revisión en profundidad, pues ya han incluido en su agenda de reformas una revisión tan profunda de su modelo que algunos hablan de que no se debe excluir su supresión, en busca de un modelo más moderno (Mapelli, 2018).

Los nuevos retos a los que se enfrentan las entidades locales en este s. XXI y la probabilidad de asumirlos con éxito está directamente relacionado con el capital humano y con la capacidad de gestión de los recursos humanos en este entorno VUCA. La relevancia de la inteligencia emocional y las *soft skills* ofrecerá múltiples ventajas, básicamente en un doble plano, para poder gestionar las resistencias que generará, las dificultades que su implantación tendrá, y resolver las situaciones que se derivarán de la misma (nuevos empleos, transformación de otros y desaparición de algunos, capacitación en nuevas competencias profesionales, etc.), así como para convertir a la administración local, la más próxima al ciudadano y que presta servicios básicos a la ciudadanía, en el modelo de gestión de futuro.

Resulta necesaria la conexión entre la administración local de futuro y el empleo público de futuro, pues será la demanda de servicio público la que determine en mayor medida el tipo de personal, su nivel de capacitación y las destrezas y competencias que deberán exigirse en su desempeño. La metodología STEEP (Aguilar, 1967) agrupa las tendencias en torno a 5 ámbitos: sociales, tecnológicos, económicos, medioambientales, y políticos. La transformación que corresponde asumir a las entidades locales debe realizarse desde esa visión adaptativa del sector público, que comprenda las nuevas (y en ocasiones complejas) realidades sociales, que fomente la transparencia, la innovación, el gobierno abierto, el trabajo en equipo y una posición proactiva del sector público, basada en la resiliencia. Considerar que esta revolución es únicamente la transformación digital, con una visión basada exclusivamente en la utilización y el conocimiento de las tecnologías y herramientas digitales más sofisticadas, en la digitalización de los procesos, sería un error, pues al contrario, las nuevas tecnologías son la excusa, la coartada que origina esta revolución, que corresponde liderar a las personas que prestan sus servicios en las entidades locales.

La urgencia de abordar este proceso de transformación del empleo público se pone de manifiesto en una frase cuya autoría corresponde a la Comisión para el Estudio y Preparación del EBEP (2015): «No puede existir una buena Administración allí donde el sistema de empleo público es deficiente».

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AA.VV (2017): *Nuevos tiempos para la función pública*. Madrid: INAP.
- ARRIBAS, D. (2014): “Algunos apuntes sobre los tests psicológicos y su uso para la selección de personal en la administración pública”, en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm 7, págs. 24-35.
- BAUMAN, Z. (2002): *Modernidad Líquida*. México: Fondo de Cultura Económica.
- BOTO, A. (2016): “Modernización en empleo público: la Ley francesa 2016-483, de 20 de abril, sobre deontología, derechos y obligaciones de los funcionarios”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 43.
- BUSO, M.; BASSI, M.; URZÚA, S.; VARGAS, J. (2011): *Desconectados: Habilidades, educación y empleo en América Latina*. Banco Interamericano de Desarrollo. <https://publications.iadb.org/es/desconectados-habilidades-educacion-y-empleo-en-america-latina>.
- CAMPOS, C.; FERREIRA, J.; SANTISO, M.; VAQUERO, A. (2017): *Radiografía de la gestión de recursos humanos en los Ayuntamientos de menos de 50.000 habitantes*. Documento 8/2017. Red Localis. <https://drive.google.com/file/d/1WXoc0tbpJGKX3Y-Qslc3iSt1SkFFeZIT/view>.
- CAMPOS, C. (2020): “Administración electrónica, empleo público y teletrabajo: el efecto catalizador del COVID-19”, RODRÍGUEZ, J. F.; ATIENZA, E.: *Retos jurídicos ante la crisis del COVID-19*. Madrid: Wolters Kluwer.
- CASTILLO, F. (2011): “El empleo público local: situación actual y perspectivas”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. Monográfico XIII, (Ejemplar dedicado a: El empleo público en Aragón y tendencias de futuro), págs. 97-127.
- CATALÁ, R.; CORTÉS, O. (2019): *Administración 2030: Una visión transformadora*. Observatorio del Sector Público, ESADE-PWC.
- CUENCA, J. (2019): “Las problemáticas y desafíos del personal al servicio de las entidades locales: una visión general”, *III Informe Red Localis, Retos de las entidades locales ante la transformación digital de la gestión pública*. Madrid: Wolters Kluwer.
- DE LA NUEZ, E. (2018): “Acceso a la función pública: atraer talento y cambiar el modelo”, en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. Especial 2, págs. 86-97.
- ESTEBAN, A. (2019): “La evolución del empleo público local en los últimos 40 años”, en *Blog Instituto de Derecho Local*. <http://www.idluam.org/blog/la-evolucion-del-empleo-publico-local-en-los-ultimos-40-anos/>.
- FONDEVILA, J. (2008): *La Selección y Pérdida de la Condición de Empleado Público, especial referencia a su aplicación en la Administración*. Barcelona: Atelier.
- FUENTETAJA, J. A. (2015): “Función pública local y reforma local”, en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 37, págs. 41-75.
- FUKUYAMA, F. (2016): *Orden y decadencia de la política*. Barcelona: Deusto.
- GARCÍA, O.; RAMIÓ, C.; SALVADOR, M. (2007): *Los determinantes de la gestión de la externalización en Cataluña*. Barcelona: Fundación Carles Pi y Suñer.
- GORRITI, M. (2011): “La evaluación del desempeño: análisis, retos y propuestas: Una aplicación a la Comunidad Autónoma de Aragón”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. Monográfico 13. (Ejemplar dedicado a: El empleo público en Aragón y tendencias de futuro).
- GORRITI, M. (2018): “Innovar en selección desde la evidencia empírica y las nuevas competencias”, en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. Especial 2.
- GOBIERNO DE ESPAÑA (2020): *España Digital 2025*. https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2020/230720-EspañaDigital_2025.pdf.
- GOBIERNO DE ESPAÑA (2020). *Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial*. https://portal.mineco.gob.es/RecursosNoticia/mineco/prensa/noticias/2020/201202_np_ENIAv.pdf.
- GUTIÉRREZ, A.; MATUS, O. (2015): “Habilidades Blandas: Una ventaja competitiva en la formación tecnológica”, en *GINT Journal of Industrial Neo-Technologies*. https://www.jint.usach.cl/sites/jint/files/art._9_print_v2n1jint006-15_v3.0_0.pdf.
- HIDALGO, M. A. (2018): *El empleo del futuro*. Barcelona: Deusto.
- INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (2017): *Libro Blanco sobre Metodologías Innovadoras de Formación en la Administración Pública*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública. https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/publicacion/19/10/texto_completo_libro_blanco_vol_1.pdf.
- JIMÉNEZ, R. (2020): “Los empleados (públicos) mirando al futuro”, en *blog La mirada institucional*. <https://rafaeljimenezasensio.com/2020/02/16/los-empleados-publicos-mirando-al-futuro/>.
- JIMÉNEZ, R. (2019): “El futuro de los juristas en la administración pública”, en *blog La mirada institucional*. <https://rafaeljimenezasensio.com/2019/03/24/el-futuro-de-los-juristas-en-la-administracion-publica/>.
- JIMÉNEZ, R. (2018): “Repensar la selección de empleados públicos: momento actual y retos de futuro”, en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. Especial 2.
- LONGO, F. (2019): “La administración pública en la era del cambio exponencial. Hacia una gobernanza exploratoria”, en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. Especial 3 (Serie Innovación pública).
- LOSA, V.; VAQUERO, A. (2020): *La problemática de la despoblación rural y el reto demográfico ¿Qué se puede hacer desde el ámbito local?* Documento núm. 14/2020. Red Localis.

- MAPELLI, C. (2018): “La visión comparada: nuevos sistemas de selección de la alta función pública en las democracias avanzadas”, en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. Especial 2.
- OCDE (2017): *Government at a Glance 2017*. <https://www.oecd.org/gov/government-at-a-glance-2017-highlights-en.pdf>.
- OCDE (2018): *Recomendación del Consejo sobre el Liderazgo y Capacidad en la Función Pública*. OCDE/LEGAL/0445 (Serie: Instrumentos jurídicos de la OCDE). <https://www.oecd.org/gov/pem/recomendacion-del-consejo-sobre-liderazgo-y-capacidad-en-la-funcon-publica.pdf>.
- OSBORNE, M. A.; FREY, C. B. (2017): “The future of employment: How susceptible are job to computerisation?”, en *Technological Forecasting and Social Change*, vol. 114. págs. 254-280. <https://doi.org/10.1016/j.techfore.2016.08.019>.
- PACHECO, N. E.; BERROCAL, P. F. (2004): “La inteligencia emocional: Métodos de evaluación en el aula”, en *Revista Iberoamericana de Educación*, vol. 34, núm. 1. <https://doi.org/10.35362/rie3412887>.
- PEREDA, F. J.; LÓPEZ-GUZMÁN, T.; GONZÁLEZ SANTA CRUZ, F. (2018): “La inteligencia emocional como habilidad directiva. Estudio aplicado en los municipios de la provincia de Córdoba (España)”, en *Nóesis. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, vol. 27, núm. 53. <https://doi.org/10.20983/noesis.2018.1.5>.
- POVEDANO, D. (2019): “Un modelo de gestión del empleo público innovador ¿es posible?”, en *III Informe Red Localis, Retos de las entidades locales ante la transformación digital de la gestión pública*. Madrid: Wolters Kluwer.
- PRIMOFF, E. S. (1975): *How to prepare and conduct job element examinations*. Washington: D.D.:U.S. Government Printing Office.
- RAMIÓ, C. (2017a): *La Administración Pública del Futuro, Horizonte 2050: Instituciones, Política, Mercado y Sociedad de la Innovación*. Madrid: Tecnos.
- RAMIÓ, C. (2017b): “El volumen del empleo público en el futuro: un análisis de prospectiva”, en *El Blog esPublico*. <https://www.administracionpublica.com/el-volumen-del-empleo-publico-en-el-futuro-un-analisis-de-prospectiva/>.
- RAMIÓ, C. (2018): *Inteligencia Artificial y Administración Pública*. Madrid: Catarata.
- ROSILLO, L. (2019): “Contra el #edadismo: Planificación de la longevidad... madurez creativa”, en *Blog Laura Rosillo*. <http://lrosillo.blogspot.com/2019/03/contra-el-edadismo-planificacion-de-la.html>.
- ROYO-VILLANUEVA, S. (1950): “La formación de los empleados públicos”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 2, págs. 11-34.
- RUIZ, M. (2017): *Ser digital*. Madrid: Kolima Books.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2014): “El empleo público local tras la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. El estado de la cuestión”, en *Seminari sobre relacions collectives*, Federació de Municipis de Catalunya, FMC. http://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/Sanchez_Moron_Miguel_SRC_2014.pdf.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2012): “Consideraciones sobre la reforma del régimen de acceso al empleo público”, en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 45, págs. 47-62.
- SEISDEDOS, C. (2019): “El aprendizaje como palanca de cambio y modernización del sector público”, en *III Informe Red Localis, Retos de las entidades locales ante la transformación digital de la gestión pública*. Madrid: Wolters Kluwer.
- WRIGHT, P., GARDNER, P.; MOYNIHAN, L. (2003): “The impact of HR practices on the performance of the business”, en *Human Resource Management Journal*, vol. 13, núm. 3. <https://doi.org/10.1111/j.1748-8583.2003.tb00096.x>.



Documentación Administrativa, número 7, enero de 2020
Sección: ARTÍCULOS
DOI: <https://doi.org/10.24965/da.i7.10897>
Páginas: 145-155

La experiencia de la modernización administrativa en Portugal. Algunas lecciones para las instituciones públicas españolas post-Covid-19

*The experience of administrative reform in Portugal. Some lessons
for post-Covid-19 spanish public institutions*

Enrique José Varela Álvarez
Universidade de Vigo (España)
ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9021-0797>
evalvarez@uvigo.es

NOTA BIOGRÁFICA

Profesor de Ciencia Política y de la Administración de la Universidade de Vigo. Decano de la Facultad de Dirección y Gestión Pública y coordinador académico del Observatorio de Gobernanza G³ de la misma Universidad, es autor de numerosas publicaciones en el campo de la gobernanza y la cooperación institucional, así como en la dirección, la gestión y el liderazgo público en las instituciones centrales, autonómicas y locales españolas, además de en los espacios institucionales multinivel y transfronterizos de la Unión Europea.

RESUMEN

El reto de la modernización del Estado sigue estando presente en las agendas de todos los países que tienen que enfrentar desafíos como la actual pandemia de COVID-19. En el caso de España y Portugal, encontramos una larga tradición de procesos de reformas y modernizaciones administrativas desde la segunda mitad del siglo xx hasta nuestros días. En el trabajo que se presenta a continuación se revisa la experiencia de modernización del Estado portugués con el objetivo puesto en el aprendizaje de su «senda de dependencia» institucional (de la «persistencia institucional», hasta la «innovación incremental»), con el fin de poder aprender de sus aciertos y errores político-administrativos y conseguir, así, mejorar el conocimiento sobre los proyectos de cambio administrativo de la Administración General del Estado, en el contexto de los planes de recuperación y resiliencia de la Comisión Europea y del Gobierno de España.

PALABRAS CLAVE

Reforma administrativa; isomorfismo institucional; innovación incremental; innovación pública.

ABSTRACT

The challenge of modernizing the State continues to be on the agendas of all countries that have to face threats such as the current COVID-19 pandemic. In the case of Spain and Portugal, we find a long tradition of administrative reform and modernization processes from the second half of the 20th century to the present day. In the work presented below, the Portuguese State experience reform is reviewed with the aim of learning its institutional «path dependence» (from «institutional persistence» to «incremental innovation»), in order to be able to learn from their political and administrative successes and errors and thus improve knowledge about the administrative change projects of the Central State Administration, in the context of the recovery and resilience plans of the European Commission and the Government from Spain.

KEYWORDS

Administrative reform; institutional isomorphism; incremental innovation; public innovation.

SUMARIO

PROEMIO: ESPAÑA 2020, ¿POR QUÉ APENAS HEMOS APRENDIDO TRAS CINCUENTA AÑOS DE REFORMAS DEL ESTADO? I. EL SISTEMA POLÍTICO-ADMINISTRATIVO PORTUGUÉS, TAN LEJOS TAN CERCA DEL ESPAÑOL. II. CAMBIO ADMINISTRATIVO EN PORTUGAL: DE LA PERSISTENCIA INSTITUCIONAL A LA INNOVACIÓN INCREMENTAL. III. EPÍLOGO: ¿Y LA TRANSFORMACIÓN DEL ESTADO EN ESPAÑA? BIEN GRACIAS, PORQUE CINCO DÉCADAS DESPUÉS «SEGUIMOS EN ELLO» ... A PESAR DEL COVID-19. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

PROEMIO: ESPAÑA 2020, ¿POR QUÉ APENAS HEMOS APRENDIDO TRAS CINCUENTA AÑOS DE REFORMAS DEL ESTADO?

Tantos años de cambio administrativo en los países de la OCDE, para continuar en el mismo lugar (Bjur y Caiden, 1978: 359-365; Kickert, 2001: 91-102; OCDE, 1997 y 2006; Pollitt y Bouckaert, 2011). Al menos esa es la sensación que algunos investigadores en ciencia política, ciencia de la administración y gestión pública tenemos en relación con los numerosos y costosos procesos de reforma-modernización administrativa que han tenido lugar en los últimos cincuenta años, entre otros Estados, en nuestra España plural, multinivel e intergubernamental. Y es que, desde hace más de cinco décadas sabemos que hay múltiples factores sociales, políticos y administrativos que justifican estos planteamientos (Baena del Alcázar, 1988; Canales Aliende, 1987; Villoria Mendieta, 1996; Bañón Martínez y Carrillo Barroso, 1997; Ramió Matas, 1999a; Ballart y Ramió Matas, 2000; Olmeda Gómez, Parrado Díez, 1999 y 2000; Crespo González y Pastor Albadalejo, 2002; Varela Álvarez, 2003; Olmeda Gómez, Parrado Díez y Colino Cámara, 2012; Ramió Matas, 2015 y 2017; Arenilla Sáez, 2018: 3.715-3.730). De este marco multidimensional de cambio del Estado que coadyuva a la peculiar «senda de dependencia» institucional española (y que en otros trabajos defino como de «inmovilismo modernizador», Varela Álvarez, 2020: 29-51), destacamos los siguientes factores:

- La incompreensión sobre lo determinante que resulta analizar la historia y el contexto institucional de las transformaciones político-administrativas estatales, con el fin de comprender los cambios, reformas y modernizaciones en sus variados niveles de gobierno-administración;
- la falta de consideración (y gestión) de las diferentes culturas socioeconómicas, así como de sus tradiciones políticas y administrativas, en la construcción de la agenda de cambio del Estado y sus políticas públicas de reforma-modernización administrativa;
- la insistencia en el desarrollo de proyectos de cambio con una orientación jurídicista y economicista, como único modelo posible de transformación de las instituciones públicas;
- la persistencia de diferentes tipos de presiones y bloqueos sobre las estructuras administrativas, entre las que destacan los bloqueos políticos, los de los altos cuerpos de la función pública, o los de los sindicatos del sector público;
- la falta de comprensión mutua entre el sector público y el sector empresarial (de las empresas más grandes a las más pequeñas) y social («quangos»), que no acompaña a la complejidad de los escenarios sociales y económicos actuales, así como al necesario impulso de la cooperación institucional, en un proceso del que todos ellos deberían formar parte como colaboradores necesarios para la prestación de servicios públicos.

Para el caso de la España autonómica, multinivel e intergubernamental, estas presiones y bloqueos mencionados provocan, además, una enorme presión neocorporativista público-privada en el conjunto del Estado, así como la ausencia de una cultura de la cooperación y del consenso social, político y administrativo *intra*, *inter* y *extra* institucional (Rojo Salgado y Varela Álvarez, 2013: 337-373; Varela Álvarez y Araújo, 2018). Todo ello, en parte, contribuye al desentendimiento político de una ciudadanía que reclama políticas y servicios públicos, aunque sin implicarse en su control y exigencia de responsabilidades, transparencia y rendición de cuentas, delegando estas acciones en partidos políticos y cargos «politécnicos» (altos cuerpos y directivos públicos) del conjunto de instituciones formales e informales del Estado (Del Campo García, 2012: 191-209).

El breve diagnóstico anterior, repetido hasta la saciedad reforma tras reforma, modernización tras modernización, nos debe llevar a estudiar otros procesos de cambio administrativo de nuestro entorno, con el fin de aprender de otras experiencias de diseño e implementación de políticas públicas de transformación político-administrativas.

Y esta es la justificación por la cual seleccionamos la experiencia de reforma administrativa de la Administración Central del Gobierno de Portugal, ya que la comprensión de su «senda de dependencia» institucional, sus «luces y sombras», aciertos y errores, buenas y malas prácticas son de mucha utilidad para la formulación, diseño e implementación de procesos de cambio en un Estado como el español. Todas ellas son experiencias, en definitiva, que permiten conocer en profundidad las iniciativas de cambio de un Estado vecino que parte de la misma tradición administrativa que la española.

Porque Portugal, en nuestra opinión, ha conseguido implementar una política pública de modernización administrativa con efectos en algunas de sus dimensiones de organización, como es el caso singular de la gestión de recursos humanos, y en particular de su experiencia institucional en materia de reclutamiento y selección de los directivos de su Administración Central (Varela Álvarez y Mahou Lago, 2005: 1-19; Bouzas Lorenzo y Varela Álvarez, 2005: 61-78; Varela Álvarez y Araújo, 2013: 152-181; Varela Álvarez, Araújo y Briones Gamarra, 2017: 271-292; Varela Álvarez, 2020: 29-51).

De esta manera, en el presente trabajo vamos a analizar el camino marcado por Portugal, teniendo siempre presente la recomendación sabia de quien fue el primer Presidente de la Comissão de Recrutamento para a Administração Pública (CRESAP), y uno de los mayores expertos científicos en el campo de la ciencia de la administración y la gestión pública lusa, João Bilhim (Areses Vidal y Blanco Gaztañaga, 2017¹); quien recuerda que:

«Las lecciones de la Administración Pública comparada indican que, en caso alguno, se debe exportar/importar modelos acabados de otros países. Ese fue el principal error cometido por los heraldos/misioneros de la Nueva Gestión Pública, oriunda del paradigma administrativo anglosajón. No obstante, podemos y debemos inspirarnos en lo que otros países hacen bien. Así, soy del parecer de que, con las debidas cautelas, la experiencia portuguesa podría ser objeto de inspiración para España.»

En definitiva, sabemos que Portugal y España comparten tradiciones político-administrativas, como también somos conscientes de que la evolución institucional de ambos Estados en materia de reformas y modernizaciones administrativas han sido diferentes, y, en algunos casos, con resultados diametralmente opuestos (Varela Álvarez, 2020). Para poder conocer mejor estas singularidades de cambio administrativo, vamos a desarrollar una presentación sumaria con el objetivo de intentar responder a la pregunta de ¿por qué en España apenas hemos aprendido tras cinco décadas de reformas del Estado? A tal fin, se nos antoja imprescindible presentar el sistema político-administrativo portugués; conocer algunas de las líneas centrales de sus políticas públicas de cambio administrativo; para, finalmente, poder extraer a partir de su experiencia, algunas lecciones que orienten la enésima propuesta de reforma-modernización administrativa del Estado español, ya en la tercera década del siglo XXI, y en plena pandemia sistémica global, regional y local.

I. EL SISTEMA POLÍTICO-ADMINISTRATIVO PORTUGUÉS, TAN LEJOS TAN CERCA DEL ESPAÑOL

Portugal es, para algunos españoles, un Estado más en el conjunto de los países que integran la actual Unión Europea. Para otros, es, además, un espacio común de vida cotidiana que se remonta siglos atrás, y que cuenta con una milenaria historia común (Varela Álvarez, 2003: 96-103; Ferreira Rodrigues y García Pérez, 2010; García Pérez y Lobo-Fernandes, 2007; Rojo Salgado, 2007: 235-252; Almuiña Fernández, 2014: 137-146), sobre todo en los espacios fronterizos de ambos estados (López Mira, 2004: 43-50; Cairo Carou, Godinho y Pereiro Pérez, 2009).

Esta es una de las razones, aunque no la única, que nos debe permitir observar con cierto detalle las prácticas institucionales de gobierno de nuestro vecino, más allá de los estereotipos y clichés, como bien nos recuerda Rojo Salgado (2007: 235-252). En mi opinión, merece la pena realizar el esfuerzo de análisis, al menos con la misma intensidad e interés con el que hemos venido estudiando el modelo político-administrativo francés en los últimos dos siglos.

¹ El autor expresa esta opinión en el contexto de una entrevista realizada por Xose ARESES VIDAL y Carmen BLANCO GAZTAÑAGA (2017), "La experiencia portuguesa de la CRESAP: un modelo para España", *HayDerecho-Expansión* (15 enero 2017; accedido el 10 de noviembre del 2020, <https://hayderecho.expansion.com/2017/01/15/la-experiencia-portuguesa-de-la-cresad-un-modelo-para-espana/>).

En todo caso, la experiencia portuguesa de reforma del Estado va más allá de las relaciones históricas y de proximidad geográfica («tan lejos, tan cerca», en palabras de Almuiña Fernández, 2014: 137-146). Porque Portugal, como señalaremos más adelante, aporta a la experiencia de cambio institucional una manera diferente de comprensión de las transformaciones de sus administraciones central y municipales (la regionales son una extensión administrativa desconcentrada de Lisboa, a excepción de Açores y Madeira).

Para el análisis de la dimensión político-administrativa que nos ocupa, Portugal se encuentra cerca de nuestra tradición y modelo napoleónico, y muy lejos de las prácticas de reforma administrativa que se han seguido en España a lo largo de los últimos cuarenta años de democracia («camino paralelos, deficiencias comunes»; Bouzas y Varela, 2005: 61-78). O al menos esto ha sido así hasta la primera década del siglo XXI.

Una lectura pormenorizada de diferentes investigaciones académicas e institucionales de los expertos portugueses, que cubren el período que va desde los inicios del siglo XX, hasta los primeros años de presente siglo (Oliveira, 1991 y 2001; Bilhim, 2000; Araújo, 2000, 2001, 2002a, 2002b, 2013: 25-61; Varela Álvarez, Araújo y Briones Gamarra, 2017: 271-292), nos aporta información relevante para comprender por qué y cómo ha cambiado Portugal su sistema político-administrativo. Y es que, a lo largo de estas décadas, las élites políticas y administrativas portuguesas definen un modelo de organización, funcionamiento y recursos humanos de su Administración Central, caracterizado por (Oliveira, 1991; Araújo, 2002a):

- La construcción de un sistema institucional de corte napoleónico y neocorporativista, vinculado al diseño de su modelo burocrático desde los inicios del siglo XX.
- La consolidación de un sistema burocrático a partir de un marco dictatorial («Estado Novo»).
- La transición a un sistema democrático («Revolução dos Cravos» del 25 de Abril de 1974 y Constitución Portuguesa de 1976), desde las bases jurídicas de la burocracia anterior.
- La adaptación del Estado portugués al sistema de relaciones internacionales, con las consiguientes influencias en su subsistema administrativo (negociación para la entrada en la Comunidad Económica Europea, entre 1974 y 1986).
- La incorporación de los procesos de reforma administrativa globales a la agenda del Estado luso (OCDE y CEE).
- La evolución de una burocracia a una «tecnoburocracia» estatal, con la sustitución de la racionalidad jurídica por la de gestión pública (Oliveira, 1991).
- La «persistencia institucional» de los marcos administrativos estatales a lo largo del siglo XX, a pesar de la implementación de las agendas de reformas y modernizaciones administrativas (Araújo, 2002a).
- La implementación, ya en el presente siglo, de una nueva orientación de cambio administrativo apoyado en una suerte de «innovación incremental» (Varela Álvarez, 2020), impulsada, entre otras causas, por efecto de las presiones político-administrativas de la Unión Europea («Memorandum de Entendimiento» y «Troika»; Varela Álvarez, Araújo y Briones Gamarra, 2017: 271-292).

Como se puede confirmar revisando los factores de cambio del Estado mencionados, Portugal construye su modelo de organización institucional, sus estructuras administrativas, así como sus modelos de gestión a lo largo del pasado siglo. En estas décadas diseña un modelo burocrático de funcionamiento que le ayuda a implementar un sistema de políticas públicas y prestación de servicios públicos que transitan de la modernidad a la contemporaneidad, con agendas de cambio reformistas, muy similares a las españolas.

Sin embargo, es en el último cuarto del siglo XX cuando Portugal emprende las transformaciones institucionales más innovadoras, desarrollando un modelo más próximo a los postulados de la nueva gestión pública y al gerencialismo (Varela Álvarez, Araújo y Briones Gamarra, 2017: 271-292); todo ello, en paralelo a su proceso de transición a la democracia tras la muerte del dictador Salazar. Bien es cierto que existen resistencias y presiones institucionales de las élites políticas y burocráticas a lo largo de estas últimas tres décadas; como es igual de cierto que algunas de esas presiones internas y externas provocan un cambio que alejan a Portugal de España, al menos en la orientación de sus proyectos de cambio administrativo, como vamos a exponer a continuación.

II. CAMBIO ADMINISTRATIVO EN PORTUGAL: DE LA «PERSISTENCIA INSTITUCIONAL» A LA «INNOVACIÓN INCREMENTAL»

El cambio administrativo portugués tiene desde hace décadas su base teórica en los enfoques neoinstitucionalistas desarrollados, entre otros, por Powell y Dimaggio, North, Williamson, March y Olsen, Peters, Nohlen,

O'Donnell o Steinmo. No siendo este el trabajo en cual sea posible desarrollar sus marcos conceptuales², sin embargo, si entendemos necesario acudir a ellos tal y como lo han hecho los investigadores portugueses de la escuela de la *Ciência da Administração e Gestão Pública* de la Universidade do Minho desde principios de los años 90 del pasado siglo (Oliveira, 1991 y 2001; Araújo, 2000, 2001, 2002a, 2002b, 2013: 25-61). Sólo así cobra sentido el contexto institucional político-administrativo al que nos hemos referido en el apartado anterior, y que podría sintetizarse en las siguientes cuatro etapas de procesos de reforma-modernización administrativa lusa:

- «Etapas 1974-1985», «La reforma administrativa y la Revolução de Abril de 1974».
- «Etapas 1985-1995», «Revolución managerial de la Administración Pública».
- «Etapas 1996-2002», «La Reinención de la Administración Pública».
- «Etapas 2002-2005», «La Reingeniería en la Administración Pública».

En estos grandes bloques de representación del cambio institucional portugués aparecen enunciados los programas de transformaciones político-administrativas del último Portugal democrático, al menos, hasta llegar a mediados de la primera década de nuestro siglo, donde el proceso sufre una orientación y aceleración propia que la desmarca, definitivamente, del modelo español de nuestros días.

Porque la aprobación de la Constitución Portuguesa de 1976, representa una nueva manera de «pensamiento institucional» (Hecló, 2010) que, lenta pero inexorablemente, introduce a Portugal en el contexto político y administrativo que viene marcado, entre otros, en las directrices de la OCDE. Es así cuando las influencias, tensiones y presiones de la Comunidad Económica Europea consiguen que nuestro vecino ibérico complemente el modelo de reforma-modernización administrativo de orientación juricista y economicista clásico, por el propio de la agenda gerencialista de la OCDE.

En este punto la burocracia lusa evoluciona hacia un modelo gerencial, de gestión pública más «neo-empresarial» que «neopúblico» (Ramió Matas, 1999b: 65-97), tanto por lo que respecta a los modelos de reinención del gobierno, como de reingeniería del sector público (Rocha, 1991). Parece claro por los trabajos de Oliveira (1991) y de Soriano García y Bilhim (2013), que pese a todo tiene lugar una «persistencia institucional» (Araújo, 2002) que sólo es vencida por presiones nacionales de todo tipo (sociales, financieras y políticas), así como por las inevitables influencias internacionales fruto de los procesos de modernización administrativa desarrollados en el marco de la OCDE y la Unión Europea (Pollitt y Bouckaert, 2011).

Estas influencias provocan una gran variedad de cambios en diferentes subsectores del Estado que van desde la misma Administración Central, hasta sus periferias administrativas desconcentradas (Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regional, CCDR); así como a los gobiernos locales (autarquías), los cuales a pesar de su reducido número (308 municipios para todo el territorio del Estado), cuentan con un gran peso institucional en el conjunto del sector público, así como una gran relevancia en la prestación de políticas y servicios públicos de bienestar. Todo ello, sin olvidar el hecho de que la inexistencia de un sistema institucional político regional le permite al Estado Central acometer procesos de reformas en todo el territorio sin tener que diseñar un modelo de gobernanza multinivel.

Si entre el año 1974 y el 2005 encontramos en Portugal la construcción de un modelo «buro-gerencial» de reforma administrativa formulado a través de dinámicas isomórficas de diverso signo (miméticas, coercitivas y, en menor medida normativas), el siglo XXI va a marcar un nuevo modelo de cambio impulsado por prácticas de isomorfismo coercitivo. Porque si en los 70 y 80 la influencia de la Comunidad Económica Europea y la OCDE (entre otros) fue clave, en las décadas de 2000 y 2010, y por motivos claramente socioeconómicos, las presiones de la Unión Europea y su «Troika», resultaron definitivos (Varela Álvarez, 2020: 29-51). Los efectos de las políticas financieras de austeridad europea que se ponen en marcha a lo largo de la «década ominosa» (2008 al 2018; Varela Álvarez, Araújo y Briones Gamarra, 2017: 271-292; Varela Álvarez y Araújo, 2018), y que tuvieron su origen en la crisis hipotecaria norteamericana («subprime»), impactan en todo el sistema financiero global, ayudando así a vencer las pocas fuerzas y resistencias que les quedaban a las élites administrativas portuguesas (y que pervivían en su «código genético», Araújo, 2002), así como a su clase sindical (Varela Álvarez, Araújo y Briones Gamarra, 2017: 271-292). Fueron estos, años de intervención exterior en la soberanía económica lusa, intervención que Portugal tuvo que solicitar durante el Gobierno del socialista José Sócrates en el año 2011, y que provocó la pérdida del control de sus cuentas y gastos en todos los niveles de gobierno, a partir de los mecanismos recogidos en los «Memorandos de En-

² Para ello se puede consultar literatura específica desarrollada por los politólogos españoles desde hace dos décadas, entre ellos: SALVADOR SERNA, 2001; RAMIÓ MATAS y SALVADOR SERNA, 2005; DEL CAMPO GARCÍA, 2012: 191-209; PARRADO DÍEZ, 2015; VARELA ÁLVAREZ y ARAÚJO, 2018.

tendimiento» de la Unión Europea (CONSEJO UNIÓN EUROPEA, 2010)³. Y por aquel entonces, el cambio definitivo acabó por llegar en forma de un modelo peculiar, que he definido en otro trabajo como de «innovación incremental» (Varela Álvarez, 2020: 29-51), y que desborda la «persistencia institucional» característica de estos últimos tiempos de Estado democrático en Portugal.

El modelo de «innovación incremental» de modernización del Estado, supone considerar que es posible desarrollar cambios incrementales, sostenidos, constantes y adaptados a los tiempos de sus propias administraciones públicas, bajo lógicas de «innovación administrativa» (algo que no es necesariamente un oxímoron, como nos recuerdan Ramió Matas y Salvador Serna, 2018: 31-38). La diferencia entre la «innovación incremental» y la «innovación radical», siguiendo a García y Calantone (2002: 110-132), reside en el hecho de que la primera estaría relacionada con la mejora de una organización (posición, producto, organización); mientras que la segunda, debería vincularse a una estrategia de cambios transversales y holísticos en el conjunto del entorno en el que opera esta organización. Para nosotros, la «innovación incremental» desarrollada por el Estado portugués en sus instituciones públicas, implica la introducción de prácticas isomorfistas de todo tipo en el conjunto de su gobierno-organización, siempre con el objetivo puesto en la producción de impactos estratégicos en el contexto de su mapa de ecología institucional, empresarial y social.

En el fondo, este proceso no es más que la adaptación virtuosa del Estado portugués a una intervención internacional absoluta de su sistema social, económico, político, y, por ende, administrativo. Es en este estado de evolución institucional, cuando ni siquiera la ciudadanía, el sector empresarial y el tercer sector pueden mantenerse ajenos a un proceso holístico y transversal de cambio. La política de modernización administrativa deja de ser una «ocurrencia» de la clase política, o un diseño «lampedusiano» de la élite burocrática pública, para convertirse en un proyecto de Estado, supervisado, eso sí, por la Comisión Europea, el Banco Central Europeo y el Fondo Monetario Internacional.

Porque del 2005 al 2019 (siempre antes del impacto que el COVID-19 está dejando en los modelos de organización institucionales globales y locales), Portugal adapta sus pre-democráticas estructuras de cambio burocráticas (Secretariado de Reforma Administrativa, SRA, 1968), a otras más contemporáneas insertadas en las diferentes políticas y programas públicas de modernización administrativa, entre las que se pueden destacar el Plano Nacional de Desburocratização (1986), el Programa Integrado de Formação para a Modernização da Administração Pública (1993-1999) o el transversal Sistema Integrado de Gestão e Avaliação do Desempenho na Administração Pública (SIADAP, 2007).

En definitiva, la orientación del cambio del Estado portugués que hemos denominado como «innovación incremental», potenciada por los mecanismos de isomorfismo coercitivo de la «Troika», desbordan las clásicas orientaciones incrementalistas basadas en prácticas isomorfistas miméticas y normativas del siglo xx. A pesar de todo, los modelos clásicos «buro-gerenciales» siguen presentes en el «ADN» luso porque la agenda global de reformas del Estado se sostiene, aunque con los ajustes propios provocados por los errores «austericidas» cometidos por esa misma «Troika» a lo largo de la década pasada.

La actualidad de las transformaciones del Estado portugués, ya en plena época COVID-19, pasa por adaptar sus instituciones públicas a los marcos financieros que la Unión Europea facilita a través de la estrategia «Next Generation EU» de la Comisión Europea (2020)⁴, y sus diversos mecanismos de apoyo a la recuperación económica de los Estados miembros. En esta línea, la orientación de la modernización del Estado sigue la senda de la digitalización (en el marco de la Agenda Digital Europea desde el año 2010), que parte del programa SIMPLEX impulsado por su Agência para a Modernização Administrativa (AMA), y que pretende reforzar los ámbitos del «e-Government» y el «teletrabajo».

Tras este breve recorrido por la experiencia de modernización administrativa del Estado en Portugal, resta buscar algunas lecciones para el conjunto de instituciones centrales y autonómicas del Estado español.

III. EPÍLOGO: ¿Y LA TRANSFORMACIÓN DEL ESTADO EN ESPAÑA? BIEN GRACIAS, PORQUE CINCO DÉCADAS DESPUÉS «SEGUIMOS EN ELLO» ... A PESAR DEL COVID-19

A finales del año 2020 comenzamos a percibir que las bases institucionales sobre las que se fundan nuestros Estados de bienestar no eran tan sólidas como creíamos, porque el coronavirus SARS-CoV-2 (o

³ Reglamento del Consejo Unión Europea n.º 407/2010 de 11 de mayo, que establece el Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera, EFSM y del European Financial Stability Facility.

⁴ Ver https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_es#nextgenerationeu (accedido, 30-XI-2020).

COVID-19) nos ha mostrado la debilidad de nuestras administraciones públicas multinivel. En este sentido, y recordando el cuento de Hans Christian Andersen, soy de la opinión de que la sociedad, la política y la economía española, al igual que el conjunto de sus niveles de gobierno-administración, no deberían hacer otra cosa que reconocer su desnudez.

Todo ello a pesar de que disponemos de las ciencias (incluidas las sociales y las jurídicas), a partir de las cuales deberíamos ser capaces de basar nuestros modelos de toma de decisiones y comportamiento político-administrativo en evidencias, en estudios teóricos, en informes de instituciones internacionales de alto nivel. Porque es indudable que las ciencias sociales (y entre ellas la Ciencia de la Administración y la Teoría de la Organización) nos han venido mostrando desde hace décadas (al menos desde los años 70 del siglo xx) las posibilidades y limitaciones de los diferentes modelos de Estados, de sus marcos teórico-conceptuales, contextos globales y locales, procesos de cambio, políticas de reforma-modernización y enfoques de gestión pública burocráticos, gerenciales y de gobernanza (y aquí recordamos con especial cariño a Joan Prats i Catalá y sus trabajos sobre este tema; Prats i Catalá, 2005).

Pese al bagaje científico acumulado, somos de la opinión de que apenas hemos aprendido sobre lo que debemos y tenemos que emprender como «Estado administrativo». Al menos esa es la evidencia científica que se puede constatar tras revisar el panorama de los procesos de reforma-modernización españolas desde entonces, hasta la fecha, ya en la tercera década del siglo XXI en plena pandemia sistémica global, regional y local.

Porque si de algo se puede tildar a la experiencia española de modernización administrativa en nuestra historia democrática más reciente, es de un cierto «inmovilismo modernizador». Esta expresión no es más que un oxímoron que muestra lo profundo que ha calado el modelo de experiencias basadas en un peculiar estilo de transformación del Estado, que no es otro que el modelo «lampedusiano» que proclama cambiar toda la administración, para que toda ella (desde la central, hasta las autonómicas y locales) siga igual.

La cuestión es que, lejos de asumir el reto de una transformación racional (legal, económica y de gestión pública) y basada en evidencias científicas, así como en experiencias comparadas adaptadas a nuestra realidad político-administrativa (recordamos las palabras de Bilhim y el informe de la OCDE del año 2006), los responsables «politécnicos» de nuestras instituciones públicas se empeñan en repetir lógicas «burogerenciales» apoyadas en estrategias jurídico-formales y de corte economicista. Lo que se puede comprobar en el reciente «Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (BOE-A-2020-17340)», que el Gobierno de España ha aprobado a finales del 2020, en el marco del plan de «Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la Economía Española» y del plan «Next Generation EU» de la Comisión Europea.

Y es que cinco décadas después (o más, si contamos las experiencias de reforma administrativa franquista de finales de los años 50 del pasado siglo), y en relación a la transformación del Estado en España, podemos confirmar que «estamos bien» porque «seguimos en ello». Eso sí, bajo idénticas lógicas y estrategias y sin alterar nuestro «código genético» administrativo.

¿Podríamos plantear otras alternativas a esta clásica orientación del cambio administrativo español? ¿Sería posible aprender de otras experiencias, teniendo sumo cuidado en no realizar un «copy paste» y adaptándolas a nuestra cultura social, económica, política y, por ende, administrativa?

La Ciencia de la Administración (y las ciencias de *management* público) así nos lo demuestra. Y no hay que viajar muy lejos para descubrir que, en nuestro espacio peninsular compartido con Portugal encontramos «buenas prácticas» (algunas no tanto) de modernización administrativa de las que es posible extraer algunas lecciones para el conjunto de los gobiernos-administraciones multinivel españoles. A continuación, enunciamos algunas extraídas del análisis desarrollado en las páginas anteriores:

- La primera y más relevante es que o los «policy makers» españoles de todos sus niveles de gobierno comprenden que hay que seguir los trabajos de las ciencias sociales (entre otras), así como a sus métodos de análisis comparado y de caso, o no hay política pública de modernización que pueda pasar de la fase de formulación y diseño, a la de implementación ... y no digamos ya a la de evaluación y auditoría pública de sus medidas. Portugal lo ha hecho así, de manera lenta, adaptativa y sostenible, para lo que ha creado (e invertido mucho presupuesto) una base científica solvente e internacional, en torno a sus Universidades públicas desde los años 90 del pasado siglo.
- La segunda pasa por estudiar el contexto global, las experiencias internacionales, pero con una mirada crítica local. Hay que pensar en local, observando lo global (justo al revés del aserto ecologista

de los años 90), para que los proyectos de cambio administrativo estén alineados con las necesidades de los ciudadanos, del tejido productivo, de su estructura social y societaria, en definitiva. En esto los proyectos modernizadores españoles han mirado siempre hacia el exterior, hacia los modelos globales de cambio ... aunque sólo desde una perspectiva jurídico-formal. Así, en España se ha construido una «realidad administrativa» (Beltrán Villaiva, 1991), que no ha conseguido superar los bloqueos políticos y administrativos de sus élites «partitocráticas», burocráticas y sindicales. Portugal, de nuevo, ha conseguido superar parcialmente estos bloqueos («persistencias institucionales»), generando una cultura administrativa que ha ido evolucionando de modelos burocráticos a «tecnoburocráticos» a lo largo de los últimos cuarenta años. Y ya no cabe duda de que la adaptación a los cambios provocados por las presiones internacionales ha resultado clave para la reforma del conjunto de su Estado.

- En línea con el proceso anterior, la tercera lección tiene que ver con los sujetos del cambio administrativo: las personas, los empleados públicos que (sobre)viven (y muchas veces sufren) estos proyectos de reforma-administración; más que participar «en» y «de» ellos. Y es que sin alterar el «código genético» de sus empleados públicos y sin introducir la racionalidad de la gestión pública en los procesos de cambio administrativo no hay posibilidad «real» de pasar de una propuesta en un Real Decreto-Ley («real-administrativa») a un proyecto de gobernanza pública («real-real»; Varela Álvarez y Araújo, 2018), de innovación política, administrativa y social (Lapuente Giné y Suzuki, 2020), así como de desarrollo efectivo de sus líneas estratégicas (no sólo de economía, eficacia y eficiencia viven las instituciones públicas). Portugal ha tomado ese rumbo de cambio de cultura organizativa, bien es cierto que a partir de sucesivos procesos de «isomorfismo coercitivo», y en un largo período de tiempo que va desde los años 80 hasta su intervención por parte de la «Troika» en los inicios de la década pasada. El ejemplo de la CRESAP y su modelo de reclutamiento y selección profesional y meritocrática de directivos y gestores públicos es un buen ejemplo de ello (Varela Álvarez, 2020: 29-51). En todo caso, debe quedar claro que Portugal no cambia su administración «ni por decreto», ni «en un día», ni en todos los niveles de gobierno-administración por igual.
- La última lección que se podría extraer de la experiencia portuguesa, y no para copiar si no para inspirar los procesos propios de cambio administrativo post-COVID-19, debería pasar por entender de manera transversal el concepto de cooperación institucional, y sus complejos procesos de colaboración y coordinación, tanto con el conjunto de la red interinstitucional de un Estado (multinivel o no), como con el conjunto de actores sociales y empresariales de nuestro país (Varela Álvarez y Araújo, 2018). En Portugal este aprendizaje institucional se realiza en diferentes fases, bajo presiones enormes de actores internacionales y en un proceso de europeización similar al español. Bien es cierto que el Estado portugués comprende, asume e interioriza esta necesidad de considerar que el Estado es una parte del sistema, y que su papel como estrategia de una red intergubernamental sin actores regionales político-administrativos va a resultar clave para mejorar el progreso colectivo. En España, a sus sectores económicos, sociales y élites administrativas y sindicales, aún les queda por entender esta necesidad de transitar de un modelo burocrático a uno de gobernanza en red efectivo, haciendo funcionar las alianzas más allá de los «Reales Decretos» y de las «subvenciones públicas dirigidas a sectores empresariales», y consiguiendo superar los problemas que las experiencias que los partenariados público-privados han dejado en el panorama institucional español de los últimos años. Sin duda, el reto de las alianzas y los partenariados impulsados por la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible, así como por el proyecto de la Comisión Europea «Next Generation EU», tendrá que pasar por convertir las miradas y vetos cruzados socioeconómicos y político-administrativos, en otras prácticas basadas en modelos de cooperación y desarrollo de consensos ampliados a una base social y ciudadana, que debe participar de este proceso de modernización post-COVID-19 de una manera comprometida y responsable, superando los clásicos estilos de acción colectiva institucional basados en la participación formal en las páginas web institucionales, los foros de consultas técnicas, o los espacios de concertación formales y de redes sociales.

Las lecciones extraídas de la extensa experiencia portuguesa no implican la realización de grandes proyectos de inversión económica; tampoco de enormes e inacabables desarrollos normativos y legislativos sobre «medidas urgentes» de modernización del Estado. De esto está sobrada la experiencia española de modernización administrativa con procesos del tipo «stop & go», y sin dirección clara (o en el peor de los casos, en círculo). Porque más que crear Agencias, para suprimirlas después, o sustituirlas por Autoridades

Independientes, el cambio que está por llegar a las instituciones pública españolas pasa por comprender que o se produce una auténtica transformación de la cultura social, económica, política y administrativa en relación con el sentido de las instituciones públicas, o la transformación del Estado tendrá que seguir esperando, una vez más, a pesar de la emergencia colectiva provocada por la pandemia del COVID-19.

Nadie mejor que el premio Nobel José Saramago, para entender que lo que podemos aprender los españoles de los portugueses en un contexto de crisis (como el que recoge en su magistral libro “A Jangada de Pedra”), tiene que ver con la capacidad de adaptación conjunta como colectividad ante las adversidades. Eso es lo que nos enseña Portugal sobre su «senda institucional» de modernización administrativa.

Eso, ni más ni menos, es lo que le queda a España para conseguir, de una vez por todas. Y estoy convencido de que sólo se logrará provocando un cambio cultural político-administrativo que nos sitúe en un marco de profesional y meritocrático superador de las malas prácticas burocráticas y neoburocráticas de los siglos XIX y XX; marco en el que la ciudadanía y los sectores sociales y empresariales se vean reflejados para superar de manera conjunta esta crisis, y las que estén por llegar.

BIBLIOGRAFÍA

- ALMUIÑA FERNÁNDEZ, C. J. (2014): “España y Portugal: tan cerca geográficamente y tan lejos históricamente”, en *La Albolafia: Revista de Humanidades y Cultura*, núm. 1, págs. 137-146. <http://albolafia.com/trab/Alb-Doss-001.ALMUINA.pdf>.
- ARAÚJO, J. F. (2013): “Da Nova Gestão Pública à Nova Governação Pública: pressões emergentes da fragmentação das estruturas da Administração Pública”, en SILVESTRE, H.; ARAÚJO, J. F. (eds.): *Coletânea em Administração Pública*. Lisboa: Escolar Editora.
- ARAÚJO, J. F. (2002a): *Gestão Pública em Portugal: mudança e persistência institucional*. Coimbra: Quarteto Editora.
- ARAÚJO, J. F. (2002b): “NPM and the Change in Portuguese Central Government”, en *International Public Management Journal*, vol. 5, núm. 3, págs. 223-236. <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/5844/1/NPM%20and%20the%20change%20in%20portuguese%20central%20government.pdf>.
- ARAÚJO, J. F. (2001): “Considerações sobre o conceito de reformas administrativa”, en *Revista de Administração e Políticas Públicas*, vol. II, núm. 2, págs. 60-63.
- ARAÚJO, J. F. (2000): “Tendências Recentes de Abordagem à Reforma Administrativa”, en *Revista da Associação Portuguesa de Administração e Políticas Públicas*, vol. I, núm. 1, págs. 38-47.
- ARENILLA SAÉZ, M. (2018): “Avances y resistencias en la modernización administrativa española desde 1978”, en PENDÁS GARCÍA, B. (dir.), GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E.; RUBIO NÚÑEZ, R. (coords.): *España constitucional (1978-2018): trayectorias y perspectivas*, vol. 5, tomo 5. págs. 3.715-3.730. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ARESES VIDAL, X.; BLANCO GAZTAÑAGA, C. (2017): “La experiencia portuguesa de la CRESAP: un modelo para España”, *HayDerecho-Expansión* (15 enero 2017; accedido el 10 de noviembre del 2020). <https://hayderecho.expansion.com/2017/01/15/la-experiencia-portuguesa-de-la-cresad-un-modelo-para-espana/>.
- BAENA DEL ALCÁZAR, M. (1988): *Curso de Ciencia de la Administración*, vol. I. Madrid: Tecnos, 2.ª ed.
- BALLART, X.; RAMIÓ MATAS, C. (2000): *Ciencia de la Administración*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BAÑÓN MARTÍNEZ, R.; CARRILLO BARROSO, E. (1997): *La nueva Administración Pública*. Madrid: Alianza Editorial.
- BELTRÁN VILLALVA, M. (1991): *La realidad social*. Madrid: Editorial Tecnos.
- BILHIM, J. (2000): *Ciência da Administração*. Lisboa: Universidade Aberta.
- BJUR, W.; CAIDEN, G. (1978): “On Reforming Institutional Bureaucracies”, en *International Review of Administrative Sciences*, vol. 44, págs. 359-365. <https://doi.org/10.1177/002085237804400405>.
- BOUZAS LORENZO, R.; VARELA ÁLVAREZ, E. (2005): “Caminos paralelos, deficiencias comunes: aproximación a los modelos públicos de recursos humanos en España y Portugal”, en *Gestión y Análisis de Políticas Públicas (GAPP)*, núm. 32, págs. 61-78. <https://doi.org/10.24965/gapp.vi32.384>.
- CAIRO CAROU, H.; GODINHO, P.; PEREIRO PÉREZ, X. (2009): *Portugal e Espanha. Entre discursos de centro e práticas de frontera*. Lisboa: Edições Colibri.
- CANALES ALIENDE, J. M. (1987): *Panorama actual de la Ciencia de la Administración*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- CRESPO GONZÁLEZ, J.; PASTOR ALBADALEJO, G. (2002): *Administraciones Públicas Españolas*. Madrid: McGraw-Hill.
- DEL CAMPO GARCÍA, E. (2012): “Instituciones y gobernanza en América Latina: la continuidad de las reglas informales”, en BARREDA DÍEZ, M.; CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (coords.): *Gobernanza, Instituciones y Desarrollo. Homenaje a Joan Prats*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FERREIRA RODRÍGUES, T.; GARCÍA PÉREZ, R. (2010): *Portugal e Espanha. Crise e convergência na União Europeia*. Lisboa: Editorial Tribuna de História.

- GARCÍA, R.; CALANTONE, R. (2002): "A critical look at technological innovation typology and innovativeness terminology: A literatura review", en *Journal of Product Innovation Management*, vol. 19, págs. 110-132. [https://doi.org/10.1016/S0737-6782\(01\)00132-1](https://doi.org/10.1016/S0737-6782(01)00132-1).
- GARCÍA PÉREZ, R.; LOBO-FERNÁNDEZ, L. (2007): *España y Portugal. Veinte años de integración europea*. Santiago de Compostela: Tórculo Ediciones.
- HECLO, H. (2010): *Pensar institucionalmente*. Barcelona: Editorial Paidós.
- KICKERT, W. J. M. (2001): "Public management reforms in western governments", en VV.AA: *A Administração Pública no limiar do Século XXI: os grandes desafios*, págs. 91-102. Oeiras: INA.
- LAPUENTE GINÉ, V.; SUZUKI, K. (2020): "Politicization, Bureaucratic Legalism, and Innovative Attitudes in the Public Sector", en *Public Administration Review*, vol. 8, núm. 3, págs. 454-467. <https://doi.org/10.1111/puar.13175>.
- LÓPEZ MIRA, Á. X. (2004): "Galaecos españoles e porto galaecos: Identidades e fronteiras", en *Revista Pensamento do Eixo Atlântico*, núm. 6, págs. 43-50.
- OCDE (2006): *La modernización del Estado: El camino a seguir*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. <https://doi.org/10.1787/9789264030305-es>.
- OCDE (1997): *La transformación de la gestión pública. Las reformas en los países de la OCDE*. Madrid: BOE-MAP-Ministerio de Presidencia.
- OLIVEIRA, J. A. (1991): *Princípios de Gestão Pública*. Lisboa: Editorial Presença. 1.ª ed.
- OLIVEIRA, J. A. (2001): *Gestão Pública e Modernização Administrativa*. Oeiras: INA.
- OLMEDA GÓMEZ, J. A. (1999): *Ciencia de la Administración. Volumen I. Teoría de la Organización y Gestión Pública*. Madrid: UNED.
- OLMEDA GÓMEZ, J. A.; PARRADO DÍEZ, S. (2000): *Ciencia de la Administración. Volumen II. Los Sistemas Administrativos*. Madrid: UNED.
- OLMEDA GÓMEZ, J. A., PARRADO DÍEZ, S.; COLINO CÁMARA, C. (2012): *Las Administraciones Públicas en España*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PARRADO DÍEZ, S. (2015): *El análisis de la gestión pública*. Valencia: Tirant lo Blanch. 1.ª ed.
- PRATS I CATALÁ, J. B. (2005): *De la burocracia al «management», del «management» a la burocracia. Las transformaciones de las Administraciones Públicas de nuestro tiempo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- POLLITT, CH.; BOUCKAERT, G. (2011): *Public Management Reform. A comparative analysis - new public management, governance and the neo-weberian State*. Oxford: Oxford University Press. 3.ª ed.
- RAMIÓ MATAS, C. (2015): *Administración Pública y Crisis Institucional. Estrategias de reforma e innovación para España y América Latina*. Madrid: Tecnos. 1.ª ed.
- RAMIÓ MATAS, C. (2017): *La administración pública del futuro (Horizonte 2050). Instituciones, política, mercado y sociedad de la innovación*. Madrid: Tecnos. 1.ª ed.
- RAMIÓ MATAS, C. (1999a): *Teoría de la Organización y Administración Pública*. Madrid: Tecnos; Barcelona: Universitat Pompeu Fabra.
- RAMIÓ MATAS, C. (1999b): "Corrientes Neoempresariales versus Corrientes Neopúblicas: Cultura Administrativa, Valores Públicos y Credibilidad Social. Un Planteamiento Radical", en *Instituciones y Desarrollo*, núm. 5, págs. 65-97.
- RAMIÓ MATAS, C.; SALVADOR SERNA, M. (2018): "Innovación en las Administraciones Públicas: ¿Un oxímoron o una realidad?", en *Consultor de los Ayuntamientos*, núm. extra 1 (mayo), págs. 31-38.
- RAMIÓ MATAS, C.; SALVADOR SERNA, M. (2005): *Instituciones y nueva gestión pública en América Latina*. Barcelona: Fundació CIDOB.
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2010): Reglamento 407/2010, de 11 de mayo, que establece el Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera. *Diario oficial de la Unión Europea*, L118, de 12 de mayo de 2010. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32010R0407&from=ES>.
- ROJO SALGADO, A. (2007): "Percepciones mutuas e imágenes recíprocas: España y Portugal ante el espejo", en GARCÍA PÉREZ, R.; LOBO-FERNÁNDEZ, L. (coords.): *España y Portugal. Veinte años de integración europea*, págs. 235-252. Santiago de Compostela: Tórculo Ediciones.
- ROJO SALGADO, A.; VARELA ÁLVAREZ, E. J. (2013): "La buena gobernanza del Estado Autonómico: un largo camino por recorrer", en FERRI DURÁ, J. (comp.): *Política y Gobierno en el Estado Autonómico*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- SALVADOR SERNA, M. (2001): "El Papel de las Instituciones en la Gestión de las Administraciones Públicas", en *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, núm. 20, págs. 73-108.
- SORIANO GARCÍA, J. E.; BILHIM, J. (2013): "La racionalidad política y técnica en la selección de la alta administración pública y gestión pública portuguesa: una experiencia útil para España", en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 38, págs. 36-52.
- STEINMO, S. (2013): "Institucionalismo histórico", en DELLA PORTA, D.; KEATING, M. (eds.): *Enfoques y metodologías de las ciencias sociales: una perspectiva pluralista*, págs. 131-152. Madrid: Editorial Akal.
- VARELA ÁLVAREZ, E. J. (2020): "¿Es la CRESAP el modelo institucional de selección adecuado para profesionalizar la función directiva en España? Puede que sí, puede que no", en *Revista de Administração e Emprego Público*, núm. 6, págs. 29-51.

- VARELA ÁLVAREZ, E. J. (2003): *Administraciones Públicas Contemporáneas en España. Una Visión Multidisciplinar desde el Estado de las Autonomías*. Santiago de Compostela: Tórculo Edicións.
- VARELA ÁLVAREZ, E. J.; ARAÚJO, J. F. (2018): *Cooperación Institucional o ¿Cómo gestionar redes y partenariados en el ámbito público?* Valencia: Tirant lo Blanch; Madrid: INAP.
- VARELA ÁLVAREZ, E. J.; ARAÚJO, J. F. (2013): “La Dirección Pública Profesional en España y Portugal: Un Análisis Neoinstitucional”, en *Revista Gestão & Políticas Públicas*, núm. 1, vol. 3, págs. 152-181.
- VARELA ÁLVAREZ, E. J.; FERRAZ ESTEVES DE ARAÚJO, J. F.; BRIONES GAMARRA, Ó. (2017): “Civil Service and the Crisis: A Comparative Analysis of Iberian Countries (2008-2013)”, en SCHOFIELD, N.; CABALLERO, G. (eds.): *State, Institutions and Democracy. Studies in Political Economy*. Cham: Springer International Publishing. https://doi.org/10.1007/978-3-319-44582-3_12.
- VARELA ÁLVAREZ, E. J.; MAHOU LAGO, X. M.^a (2005): “Reforma de la administración pública central en Portugal: governance, recursos humanos y nuevas tecnologías”, en *X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, págs. 1-19. Santiago, Chile, 18-21 Oct. 2005.
- VILLORIA MENDIETA, M. (1996): *La modernización de la administración como instrumento al servicio de la democracia*. Madrid: BOE; INAP.



Documentación Administrativa, número 7, enero-diciembre de 2020
Sección: CRÓNICAS
DOI: <https://doi.org/10.24965/da.i7.10895>
Páginas: 156-166

Síntesis de la jurisprudencia casacional sobre Empleo Público más significativa del año 2020

Summary of the cassation jurisprudence on Public Employment with higher significance for the year 2020

José Ramón Chaves García

Ministerio de Justicia (España)

ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-3886-1642>

kontencioso@gmail.com

NOTA BIOGRÁFICA

Magistrado especialista de lo contencioso-administrativo en el Tribunal Superior de Justicia en Asturias. Doctor en Derecho y miembro numerario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Ha sido profesor asociado de Derecho comunitario y Director General de Universidades e Investigación del Principado de Asturias.

Juan José Rastrollo Suárez

Universidad de Salamanca (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0521-1045>

rastrollo@usal.es

NOTA BIOGRÁFICA

Profesor contratado doctor (acreditado titular) de Derecho administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca. Doctor Europeus en Derecho (Universidades de Salamanca y Coimbra) con premio extraordinario de grado y doctorado. Sus principales líneas de investigación son la contratación pública, el urbanismo y el empleo público.

RESUMEN

A lo largo de la presente sección presentamos una síntesis de la jurisprudencia casacional sobre Empleo Público más significativa del año 2020.

PALABRAS CLAVE

Jurisprudencia casacional; empleo público; 2020.

ABSTRACT

Throughout the present section, we introduce a summary of cassation jurisprudence on Public Employment with higher significance for the year 2020.

KEYWORDS

Cassation jurisprudence; public employment; 2020.

SUMARIO

STS 4 DE DICIEMBRE DE 2020 (REC. 5635/2018) / STS DE 3 DE DICIEMBRE DE 2020 (REC. 1809/2019), CITANDO PRECEDENTES IDÉNTICOS / STS DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2020 (REC. 7960/2018) / STS DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2020 (REC. 5347/2018), CITANDO PRECEDENTES IDÉNTICOS / STS DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2020 (REC. 5747/2018) / STS DEL 17 DE NOVIEMBRE DE 2020 (REC. 4641/2018) / STS DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2020 (REC. 5229/2018) / STS DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2020 (REC. 3721/2018) / STS 4 DE NOVIEMBRE DE 2020 (REC. 1198/2019) / STS DEL 21 DE OCTUBRE DE 2020 (REC. 4300/2018) / STS DEL 21 DE OCTUBRE DE 2020 (REC. 7114/2018), CITANDO PRECEDENTES IDÉNTICOS / STS DE 14 DE OCTUBRE DE 2020 (REC. 6333/2018) / STS DEL 8 DE OCTUBRE DE 2020 (REC. 2135/2018) / STS DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2020 (REC. 6137/2017) / STS DE 21 DE JULIO DE 2020 (REC. 2616/2019) / STS DE 14 DE JULIO DE 2020 (REC. 1187/2018), CITANDO PRECEDENTES IDÉNTICOS / STS DE 2 DE JULIO DE 2020 (REC. 2053/2018) / STS DE 8 DE JUNIO DE 2020 (REC. 6199/2017) / STS DE 28 DE MAYO DE 2020 (REC. 4753/2018), CITANDO PRECEDENTES IDÉNTICOS / STS DE 28 DE MAYO DE 2020 (REC. 5298/2017) / STS DE 2 DE MARZO DE 2020 (REC. 3247/2019) / STS DE 10 DE FEBRERO DE 2020 (REC. 4167/2017), CITANDO PRECEDENTES IDÉNTICOS / STS DE 20 DE ENERO DE 2020 (REC. 2677/2017).

STS 4 DE DICIEMBRE DE 2020 (REC. 5635/2018)

CUESTIÓN.- Se centra en la interpretación que ha de otorgarse al artículo 76 del actual Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público. Más concretamente, si para el ingreso por el sistema general de acceso libre en la Escala de Técnicos Facultativos Superiores de Organismos Autónomos del Ministerio de Fomento, resulta suficiente estar en posesión o cumplir los requisitos necesarios para obtener el Título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o Grado a la fecha de finalización del plazo de presentación de instancias, o si es necesaria la obtención del título del Máster que habilita para el ejercicio de la profesión regulada de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos.

FUNDAMENTO.- No cabe considerar bastante esa razón para estimar suficiente la titulación de grado para acceder al Cuerpo de Ingenieros Industriales del Estado. Los niveles de formación que acreditan los títulos universitarios no pueden ser distintos según se trate de acceder al empleo público, en las condiciones de este caso, o del ejercicio privado de la profesión. Esa solución no parece aceptable desde los principios que proclama el artículo 103.1 y 3 de la Constitución que, más bien apuntan a que, cuando menos sean las mismas, sin perjuicio de que en los procesos selectivos se escoja a quienes, poseyendo esa titulación, demuestren mayor mérito y capacidad.

DOCTRINA.- Para el ingreso por el sistema general de acceso libre en la Escala de Técnicos Facultativos Superiores de Organismos Autónomos del Ministerio de Fomento, es necesario el Máster habilitante para el ejercicio de la profesión regulada de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos.

STS DE 3 DE DICIEMBRE DE 2020 (REC. 1809/2019), CITANDO PRECEDENTES IDÉNTICOS

CUESTIÓN.- Si un funcionario docente interino cesado el 30 de junio y readmitido al inicio del curso escolar tiene derecho a percibir retribuciones por este periodo cuando (i) ni existe norma, pacto o acuerdo que así lo reconozca, y (ii) ha aceptado el cese por no haberlo recurrido en tiempo y forma.

El supuesto planteado se analizó teniendo en cuenta lo establecido por la Cláusula 4, punto 1 de la Directiva 70/1999 de 28 de junio relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada de acuerdo con la reciente STJUE de 21 de noviembre de 2018, asunto C-245/17, así como la sentencia del Tribunal Supremo de 11-06-2018, RC 3765/2015.

FUNDAMENTO.- No existe discriminación respecto de otros funcionarios interinos de ejercicios anteriores, pues el principio de no discriminación se ha aplicado y se ha concretado mediante el Acuerdo Marco únicamente en lo que respecta a las diferencias de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contrato por tiempo indefinido que se encuentren en una situación comparable. Además, no se trata de vacantes específicas sino de nombramientos como interinos para acceso a esa condición y no para un centro determinado, de manera que lo relevante es que la relación de servicio había sido extinguida válidamente al final del periodo lectivo de cada curso escolar, sobre la base de razones objetivas y predeterminadas, concretamente por razones organizativas.

DOCTRINA.- la finalización del vínculo de relación de servicio se produce en las respectivas fechas de los ceses del personal funcionario interino —en este caso a 30 de junio de cada uno de los años reclamados— y la iniciación de una nueva relación de servicio al inicio del siguiente curso escolar, con lo que no invalida los efectos jurídicos de cada uno de los ceses precedentes. Por ende, no otorga derecho alguno al funcionario interino en esta situación para percibir retribuciones por el periodo de tiempo transcurrido entre el cese anterior y el inicio de una nueva relación de servicio. Tampoco otorga derecho al reconocimiento de otros efectos de índole administrativa, como antigüedad o cómputo de servicios prestados, en relación al indicado periodo.

STS DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2020 (REC. 7960/2018)

CUESTION.- Si la cuantía a efectos procesales del objeto litigioso cuando la pretensión es formulada por un sindicato o cualquier entidad en representación de intereses colectivos, ha de determinarse en atención al conjunto de intereses colectivos que representa, o si procede cuantificarla de forma individualizada según el daño ocasionado a cada afiliado o representado o, en sí, si debe considerarse de cuantía indeterminada.

FUNDAMENTO.- No hay en la norma legal, art. 42 LJCA, un trato específico para acciones ejercitadas por una organización sindical o cualquier otra entidad que represente intereses colectivos en que estén en juego derechos fundamentales como el de igualdad de trato.

Un supuesto como el de autos presenta, por tanto, la particularidad de que, independientemente de la cuantificación económica de la segunda pretensión, no clarificada en su exacta cuantía, está en discusión la aplicación o no del principio de igualdad de trato como eje principal y necesario para resolver aquella. De prosperar la invocación del principio de igualdad de trato, lo que aquí aconteció, se abre la vía para declarar los derechos económicos. En consecuencia, en las circunstancias del caso debemos entender que se trata de un recurso de cuantía indeterminada.

DOCTRINA.- Por tanto, la respuesta a la cuestión de interés casacional es que cuando una organización sindical o cualquier otra entidad en representación de intereses colectivos formule una pretensión engarzada con principios o derechos fundamentales de la Constitución o del Derecho de la Unión Europea que se reclaman para un colectivo o conjunto, aunque también lleve aparejada una pretensión económica, prevalece la cuantía indeterminada de la primera pretensión.

STS DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2020 (REC. 5347/2018), CITANDO PRECEDENTES IDÉNTICOS

CUESTION.- (Si) resulta procedente reconocer al personal estatutario interino una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, por entender que se ha producido una utilización abusiva de los nombramientos de dicho personal estatutario interino de los servicios de salud.

FUNDAMENTO.- La inaplicación de tal doctrina con base en que la situación jurídico-laboral del Sr. Losada Rodríguez era diferente a la de la persona afectada por esa sentencia del Tribunal Europeo pues no concurría un supuesto de sucesivos contratos o relaciones laborales, sino que se trataba de una única vinculación funcional, funcional,

DOCTRINA.- El cese de un funcionario interino, con una relación de servicios prolongada durante siete años y una previa de pocos meses, no determina derecho a indemnización de 20 días por año de trabajo desempeñado previsto en la legislación laboral y no en la legislación funcional.

STS DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2020 (REC. 5747/2018)

CUESTIÓN.- Si se ha producido o no, en el caso examinado, una utilización abusiva de los nombramientos de personal estatutario eventual ex artículo 9.3 Estatuto Marco del Personal Estatutario, de conformidad con la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2016 (asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15). Determinar, en su caso, las consecuencias, laborales y/o económicas, que se anudan en dicha declaración de abuso.

FUNDAMENTO.- El nombramiento de interinidad implica que el desempeño de una plaza vacante cuando sea necesario atender las funciones propias del puesto hasta que se incorpore el titular o se amortice la plaza. Se está ante un nombramiento continuado y no un encadenamiento de «sucesivos contratos o rela-

ciones laborales de duración determinada», a los que alude la cláusula 5.1 del Acuerdo marco, luego no hay abuso si el cese se produce en las circunstancias antes expuestas [...] las anteriores circunstancias implican que no se incurriese en abuso, en los términos que previene el Acuerdo marco, pues el nombramiento y las prórrogas fueron por motivos temporales o coyunturales en tanto se creaba la vacante estructural, como así se hizo.

DOCTRINA.- Se rechaza identificar que hubiere abuso por su nombramiento como interina una vez creada la plaza por vacante estructural, alegando –como sostiene doña Belén– que en caso de cese estaría desprotegida pues no sería indemnizada como indefinida no fija. Aparte de que esta Sala ha rechazado convertir el estatus profesional de un trabajador estatutario eventual en indefinida no fijo por prestar servicios encadenando prórrogas, se habrían dado los pasos previstos en las sentencias 1425 y 1426/2018 con la creación de vacante estructural, su cobertura en forma ordinaria y, entre tanto, sirviéndola como interina. El cese por cubrirse la plaza con un titular será la consecuencia lógica ligada a la condición de interino.

STS DEL 17 DE NOVIEMBRE DE 2020 (REC. 4641/2018)

CUESTIÓN.- Si la carrera profesional horizontal ha de ser considerada dentro del ámbito de las «condiciones de trabajo» a efectos de valorar las diferencias de régimen jurídico aplicables a los funcionarios interinos y al personal laboral no fijo y, en su caso, determinar si existe o no discriminación en aquellos supuestos en que dicho personal quede excluido de la posibilidad de realizar dicha carrera horizontal.

FUNDAMENTO.- En la STS de 28 de mayo de 2020 (rec. 4753/2018) [...] y, antes, en la sentencia de la antigua Sección Séptima de 30 de junio de 2014 (casación n.º 1846/2013), que la carrera profesional horizontal forma parte de las condiciones de trabajo a que se refiere la cláusula 4.ª del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE y que carece de justificación objetiva negar el derecho a ella al personal vinculado con la Administración por tiempo determinado que realiza las mismas funciones que el fijo de categoría comparable al que sí se le reconoce.

DOCTRINA.- No haber cuantificado la cantidad procedente a que ascenderían las retribuciones a percibir por el Sr. Iván no impide el reconocimiento de su derecho a la carrera profesional horizontal y al complemento de carrera porque se traducen en magnitudes determinables en ejecución de sentencia.

STS DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2020 (REC. 5229/2018)

CUESTIÓN.- Si, en los procesos selectivos de acceso al empleo público, resulta compatible con los límites de la discrecionalidad técnica del órgano de selección y el principio de seguridad jurídica, el establecimiento de pruebas que tuvieran por objeto el desarrollo escrito de temas de carácter general que estuvieran relacionados, aunque no fueran coincidentes, con los enunciados concretos del programa de la convocatoria.

FUNDAMENTO.- Se diseñe como se diseñe el ejercicio teórico el aspirante debe tener la certeza de que son esas y no otras las materias cuyo conocimiento debe demostrar. La seguridad jurídica del proceso selectivo pasa también por saber a qué atenerse en cuanto a qué conocimientos debe demostrar en un proceso en el que se juega su esfuerzo y futuro profesional. El carácter vinculante del temario no va en detrimento de la discrecionalidad técnica de los tribunales calificadoros.

DOCTRINA.- Un sistema de oposición en el que se prevé un temario que relaciona los contenidos teóricos de inexcusable demostración por el aspirante, el tema o temas que sean objeto de exposición deben responder a los enunciados y contenido del temario o programa. Es, por tanto, contrario a la seguridad jurídica del proceso selectivo que se apodere al tribunal calificador para que fije como temas objeto de exposición otros no expresamente previstos en el temario, aun relacionados con él, quedando ese temario no como la pauta de los conocimientos teóricos que deben demostrarse sino como referencia.

STS DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2020 (REC. 3721/2018)

CUESTIÓN.- Si al personal al servicio de la Administración Pública liberado sindical que presta servicios en desarrollo de su actividad sindical le resulta o no de aplicación la normativa sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, y más, concretamente, el artículo 16.4 de la Ley

53/1994, 26 de diciembre, Incompatibilidades del Personal de las Administraciones Públicas cuando desempeña labores de asesoramiento jurídico al sindicato y sus afiliados.

FUNDAMENTO.- La Sra. Carlota dedica la totalidad de su jornada a la actividad sindical. Esa actividad consiste en el asesoramiento jurídico, tanto extraprocesal como procesal, a AFAPNA y a sus afiliados. Es una actividad que no realiza en provecho propio mediante una remuneración satisfecha por los asesorados o por el sindicato, ni se extiende a cuestiones ajenas a las propiamente laborales y sindicales, ni a sujetos distintos de AFAPNA y de sus miembros en esas exclusivas materias. No es, pues, la actividad privada que contempla el artículo 16.4 de la Ley 53/1984. Es, por el contrario, una actividad que, en sí misma, no está vedada al sindicato ni prohibida su realización por empleados públicos que no perciban el complemento específico igual o superior al 30% del sueldo base.

DOCTRINA.- Recordando, además, la relevancia constitucional de la acción sindical, no cabe considerar incompatible una actuación como la de la Sra. Carlota ni, por tanto, imputar a la sentencia de apelación las infracciones que le ha atribuido el escrito de interposición. [...] No es una segunda actividad suya sino la única que ha cambiado de naturaleza por su condición de liberada sindical, la cual, además, no le priva del derecho a percibir los complementos retributivos asignados a su puesto de trabajo.

STS 4 DE NOVIEMBRE DE 2020 (REC. 1198/2019)

CUESTIÓN.- Si los funcionarios de Cuerpos estatales docentes no universitarios, pertenecientes en origen a la Administración General del Estado (Ministerio de Educación) pero transferidos a las Comunidades Autónomas, tienen derecho a ser considerados como funcionarios en activo en la Administración General del Estado; o si, por el contrario, a estos funcionarios estatales transferidos no cabe reconocerles tales derechos del ámbito de la Administración General del Estado, sino los que se establezcan por la legislación autonómica.

FUNDAMENTO.- Su condición, por tanto, es la de funcionaria de un cuerpo docente que la legislación educativa (disposición adicional sexta de la Ley Orgánica 2/2006 de Educación) estructura como un cuerpo estatal, [...] Esta vinculación a la legislación estatal de la administración en la que se reingresa esta formulada explícitamente también en el art. 87.3 TREBEP. Por consiguiente, no es de aplicación a la actora, que está integrada en el servicio activo en la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, una norma del ámbito específico de la legislación de función pública del Estado como es el art. 33.2 de la Ley 31/1990.

DOCTRINA.- El régimen normativo de consolidación del grado y conjunto de complementos que corresponde a los funcionarios de cuerpos docentes no universitarios integrados en una administración autonómica, con ocasión de su reintegro a la situación de servicio activo desde la de servicios especiales por desempeño de los cargos previstos en el art. 87.3 del TREBEP, se rige por la legislación de la Administración autonómica a que se reintegran en servicio activo, sin que resulte de aplicación la legislación de función pública estatal prevista para la Administración General del Estado, ni, en particular, el art. 33.2 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado.

STS DEL 21 DE OCTUBRE DE 2020 (REC. 4300/2018)

CUESTIÓN.- Determinar si los funcionarios que se encuentran prestando servicios en otra Administración Pública distinta a la de origen, tienen derecho a participar por el turno de promoción interna, en los procesos selectivos convocados por su Administración de origen, sin necesidad de solicitar el reingreso en la misma.

FUNDAMENTO.- En definitiva, lo que garantiza el art. 88.3 TREBEP a los funcionarios en situación de servicio activo en otra Administración Pública, cuando se encuentren en dicha situación por haber obtenido un puesto de trabajo mediante los sistemas de provisión previstos en este Estatuto es el acceso a los procedimientos de provisión de puestos de trabajo.

DOCTRINA.- En definitiva, y cifiendo nuestra doctrina al específico supuesto de los funcionarios en situación de servicio activo, que es el caso que enjuicamos, hemos de declarar que la aplicación de régimen establecido en el art. 88.3 del EBAP no otorga el derecho a participar en procedimientos de promoción interna convocados por su Administración de origen a los funcionarios en servicio activo en otra Administración pública que se encuentre en esta situación por haber obtenido puestos en la misma por procedimientos de

provisión previstos en el EBEP. Todo ello sin perjuicio de que tal derecho pudiera ser otorgado por la legislación de función pública propia de cada Administración pública, pues el EBEP establece un marco mínimo común pero no excluye otras medidas que potencien, ampliando su ámbito, la participación en la promoción interna (art. 18.3 y 4 EBEP).

STS DEL 21 DE OCTUBRE DE 2020 (REC. 7114/2018), CITANDO PRECEDENTES IDÉNTICOS

CUESTIÓN.- Si el desempeño por un funcionario perteneciente al Cuerpo de la Guardia Civil de un puesto de trabajo de jefatura de unidad, de manera accidental y por sustitución, ha de conllevar o no la percepción de la totalidad de los complementos de destino y específico (en sus componentes general y singular) del puesto que, como mando, desempeña.

FUNDAMENTO.- Así, pues, mientras que ningún reproche parece suscitar que un ejercicio puntual de funciones de otro puesto no comporte el derecho a percibir las retribuciones complementarias de este último, tal como dicen esos artículos, solución diferente ha de darse cuando del ejercicio continuado de las funciones esenciales de ese ulterior puesto se trata. Mientras que el primero no suscita dudas de que cae bajo las previsiones de los preceptos presupuestarios, el segundo caso, contemplado desde el prisma de la igualdad, conduce al reconocimiento del derecho del funcionario en cuestión a las retribuciones complementarias del puesto que ejerce verdaderamente con el consentimiento de la Administración.

DOCTRINA.- Ha de interpretarse el artículo 26. Uno D), párrafo segundo, de la Ley 17/2012 –y los artículos de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado posteriores que lo han reproducido y relaciona el auto de admisión– en el sentido de que no impide que los funcionarios que desempeñen la totalidad o las tareas esenciales de un puesto de trabajo distinto de aquél para el que fueron nombrados perciban las diferencias retributivas entre los complementos de destino y específico del puesto efectivamente desempeñado y los del suyo.

STS DE 14 DE OCTUBRE DE 2020 (REC. 6333/2018)

CUESTIÓN.- Si puede declararse a los funcionarios interinos en situación de servicios especiales y, en caso afirmativo, si cabe computar en un proceso selectivo –con carácter general y sin adentrarse en el contenido de las funciones efectivamente desempeñadas– el tiempo transcurrido en dicha situación como experiencia profesional equivalente a las funciones propias de la categoría a que se concurre.

FUNDAMENTO.- Por consiguiente, la interpretación del art. 10.5 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público que dispone que «5. A los funcionarios interinos les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera» debe realizarse en los términos que equiparan la concesión y alcance de la situación de servicios especiales a los funcionarios interinos y, por ende, al personal estatutario interino, puesto que, según declara la citada sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017 «La cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que excluye de manera absoluta la concesión a un trabajador con contrato de duración determinada, a efectos de desempeñar un cargo político representativo, de un permiso en virtud del cual la relación de trabajo se suspende hasta la reincorporación de este trabajador al dejar de desempeñar el mencionado cargo, mientras que reconoce este derecho a los trabajadores fijos».

DOCTRINA.- Sí puede declararse a los funcionarios interinos en situación de servicios especiales en los casos previstos para los funcionarios de carrera en la legislación aplicable a los mismos, así como, en principio, y con carácter general, y sin adentrarnos ahora en el contenido de las funciones efectivamente desempeñadas, cuestión que debe discernirse en cada supuesto, debe computarse el tiempo transcurrido en dicha situación como experiencia profesional equivalente a las funciones propias de la categoría a que se concurre.

STS DEL 8 DE OCTUBRE DE 2020 (REC. 2135/2018)

CUESTIÓN.- Si el artículo 53 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en relación con su Disposición Adicional Primera, contiene un mandato jurídico reglado

de tal modo que su incumplimiento puede determinar la nulidad del proceso selectivo o de alguno de los actos dictados en el mismo.

FUNDAMENTO.- No nos encontramos ante una opción que se deja a la Administración sino ante una exigencia que debe cumplirse salvo que haya razones de entidad, debidamente explicadas, que lo impidan. De ahí que, de no darse estas circunstancias, la actuación contraria al principio de paridad o composición equilibrada deba suponer su invalidez pues los preceptos de esta naturaleza, despliegan, entre otros efectos, el de límite o impedimento frente a aquel proceder que contraría el mandato por ellos establecido. Y no parece necesario recordar que el principio de igualdad forma parte del contenido que la propia Constitución considera más valioso y protege especialmente.

DOCTRINA.- El principio de composición equilibrada de mujeres y hombres del artículo 53 de la Ley Orgánica 3/2007, concretado en los términos de su disposición adicional primera, es sustancialmente equivalente al del artículo 60.1 del Estatuto Básico del Empleado Público y consiste en un mandato cuyo incumplimiento puede determinar la nulidad del proceso selectivo o de alguno de sus trámites atendiendo a las particulares circunstancias de cada caso.

STS DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2020 (REC. 6137/2017)

CUESTION.- Si la indemnización a los policías por lesiones en acto de servicio que siguieron vía penal es un supuesto de indemnidad del funcionario o de responsabilidad patrimonial. Y para el caso de que fuera un supuesto de indemnidad, cuál es el régimen aplicable.

FUNDAMENTO.- Las disposiciones que regulan la relación estatutaria de los empleados públicos han determinado tradicionalmente, y previsto en forma expresa, que los daños y perjuicios que los agentes de los cuerpos y fuerzas de seguridad sufran en el ejercicio de la función pública, sin mediar ningún tipo de dolo o negligencia, «deben ser resarcidos por la propia Administración en virtud del principio de resarcimiento o de indemnidad, que resulta ajeno a la responsabilidad patrimonial». Y que «las normas que han previsto en forma expresa este principio se han producido, como es lógico, en relación con los agentes públicos de cualquier clase que ejercen en forma legítima la fuerza coactiva del Estado de Derecho». También, hemos considerado claro que «en caso de ausencia de una regulación legal expresa debe entrar en vigor la aplicabilidad supletoria de las normas que lo admiten en otros casos en los que existe identidad de razón».

DOCTRINA.- Procede afirmar que, en las circunstancias señaladas, las lesiones y perjuicios sufridos por los agentes de policía como consecuencia de acciones ilícitas de las personas sobre las que ejercen, sin dolo o negligencia por su parte, las funciones que son propias de su cargo deben ser resarcidos por la Administración, mediante el principio del resarcimiento o de indemnidad, principio general que rige para los empleados públicos.

STS DE 21 DE JULIO DE 2020 (REC. 2616/2019)

CUESTIÓN.- Si la cuantía que perciben los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía por turnicidad ha de considerarse un complemento o una gratificación a efectos retributivos y, por ello, si ha de incluirse, o no, dentro del concepto de «vacaciones anuales retribuidas», de modo que el disfrute de vacaciones no pueda acarrear una discriminación de las retribuciones que con carácter habitual viene percibiendo el funcionario.

FUNDAMENTO.- Se trata, por el contrario, de una retribución ordinaria por los servicios que se prestan regularmente, de forma habitual, por aquellos que realizan ese trabajo en la forma de «turnos rotatorios completos», los cuales perciben el correspondiente complemento todos los meses, periódicamente, salvo el de vacaciones, en el que no se realizan turnos, sencillamente porque no se realiza ninguna prestación.

DOCTRINA.- Con amparo en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de septiembre de 2011 (asunto C-155/10) y de 22 de mayo de 2014 (asunto C-539/12), y los principios que de ellas se infieren, aunque se refieran al trabajador en general: «En el marco de un análisis específico, en el sentido de la jurisprudencia citada, se ha estimado que los inconvenientes intrínsecamente vinculados a la ejecución de las tareas que incumben al trabajador [...] y compensados por un importe pecuniario incluido en el cálculo de la retribución global del trabajador deben necesariamente formar parte del importe al que tiene derecho el trabajador durante sus vacaciones anuales (véase la sentencia Williams y otros, EU:C:2011:588, apartado

24). [...] Además, el Tribunal de Justicia ha precisado que todos los componentes de la retribución global inherentes a la condición personal y profesional del trabajador deben mantenerse durante sus vacaciones anuales retribuidas. De este modo, debían mantenerse, en su caso, los complementos relacionados con su calidad de superior jerárquico, con su antigüedad y con sus cualificaciones profesionales».

STS DE 14 DE JULIO DE 2020 (REC. 1187/2018), CITANDO PRECEDENTES IDÉNTICOS

CUESTIÓN.- «[...] si el plazo máximo de seis meses de suspensión provisional de funciones que puede adoptarse como medida cautelar en la tramitación de un expediente disciplinario frente a un funcionario público a que se refiere el apartado 3 del artículo 98 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP) resulta también de aplicación durante la tramitación de un procedimiento judicial, o si, por el contrario, la suspensión provisional acordada por la Administración se mantendrá por todo el tiempo a que se extienda la prisión provisional u otras medidas decretadas por el Juez y que determinen la imposibilidad de desempeñar el puesto de trabajo [...]».

FUNDAMENTO.- Que la previsión del art. 8.3 de la LOFCSE, de suspensión de funciones durante toda la duración del procedimiento penal, como medida cautelar administrativa, es una especificidad del régimen de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, lo confirma lo dispuesto en el art. 33.2.c) de la Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo, de Régimen Disciplinario del Cuerpo nacional de Policía, que establece también esta posibilidad de adoptar excepcionalmente tal medida y con la debida motivación. (...) Esta norma, según prevé la disposición final sexta “[...] se aplicará a los Cuerpos de Policía Local de acuerdo con lo previsto en la legislación orgánica reguladora de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”, por lo que supone de nuevo el reenvío a la previsión del art. 8.3 en relación con el art. 52 ambos de la LOFCSE.

DOCTRINA.- La medida cautelar de suspensión de funciones puede adoptarse por la autoridad administrativa que ostenta la competencia de dirección de la policía local (Alcalde) hasta la finalización del procedimiento penal por resolución definitiva, y aún cuando no se haya impuesto por la jurisdicción penal medida cautelar que impida la prestación de servicios, si bien respecto a los efectos económicos habrá de aplicarse la limitación establecida en la legislación específica del régimen general de funcionarios, todo ello de conformidad con los principios establecidos en el art. 8.3 en relación con el art. 52 de la LOFCSE y las disposiciones de derecho autonómico que las complementan.

STS DE 2 DE JULIO DE 2020 (REC. 2053/2018)

CUESTIÓN.- «[...] determinar cuál es el contenido del deber de motivación exigible en las resoluciones administrativas que acuerdan el cese de funcionarios públicos en puestos de libre designación».

FUNDAMENTO.- La motivación, por tanto, de los actos dictados en el ejercicio de potestades discrecionales ha de ser expresa, clara y comprensible, señalando las razones por las que debe ser cesado quien ocupaba un puesto como funcionario nombrado por el sistema de libre designación. Esta motivación se basa en una interpretación normativa, de los artículos 35.1.i) de la Ley 39/2015, y 58.1 del citado Reglamento General de ingreso de personal al servicio de la Administración General del Estado, que pretende evitar eventuales zonas de indefensión, y proscribir cualquier forma de arbitrariedad en la actuación administrativa. De manera que los titulares de los puestos de trabajo provistos por el procedimiento de libre designación con convocatoria pública puedan «ser cesados discrecionalmente» (artículo 80.4 del EBEP).

DOCTRINA.- El funcionario que ocupa un puesto de libre designación no se encuentra cubierto por la inamovilidad en el cargo, y que su cese tiene un componente de libre apreciación evidente que, no obstante, no le exime, como hemos repetido, de motivar las razones de la decisión. [...] Esta motivación ciertamente debe ir más allá de lo previsto en el artículo 58.1, párrafo segundo, del RGPPT, según el cual «la motivación de esta resolución se referirá a la competencia para adoptarla». Por tanto, al funcionario cesado debe dársele razón de por qué las razones de oportunidad, basadas en la confianza e idoneidad apreciada para el puesto y que llevaron a su elección, ya no concurren o si concurren qué otra circunstancia objetiva determina la pertinencia del cese. La razón o razones del cese no serán enjuiciables en lo que tiene de libre apreciación; ahora bien, es exigible que se expliciten evitándose expresiones opacas, estandarizadas, que puedan encubrir una intención patológica por falsa, caprichosa o ajena a los requerimientos del puesto o a las exigencias de idoneidad profesional que llevaron a la elección.

STS DE 8 DE JUNIO DE 2020 (REC. 6199/2017)

CUESTIÓN.- Si el procedimiento de revisión de oficio resulta de aplicación a aquellos supuestos en que la relación jurídica administrativa no haya sido válidamente constituida por ausencia de uno de sus elementos esenciales, como en el caso, la ausencia de titulación del personal nombrado para el desempeño de las funciones.

FUNDAMENTACIÓN.- Por ello a la vista de que el cese de la recurrente, tras el oportuno trámite de audiencia, se limita a dejar sin efecto de futuro el desempeño interino del puesto de trabajo y carece de efectos económicos y administrativos que ya se hubieran producido hasta el momento del cese se concluye que, en un caso como el de autos, no es preciso incoar un procedimiento de revisión de oficio por lo que se confirma la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana.

DOCTRINA.- El procedimiento de revisión de oficio no resulta de aplicación a aquellos supuestos en que la relación jurídica administrativa no ha sido válidamente constituida por ausencia de uno de sus elementos esenciales, como en el caso acontece, ante la ausencia de titulación habilitante para el desempeño de las funciones.

STS DE 28 DE MAYO DE 2020 (REC. 4753/2018), CITANDO PRECEDENTES IDÉNTICOS

CUESTIÓN.- Si el desempeño de un puesto de trabajo como funcionario interino puede ser computado a los efectos de progresión en la carrera horizontal una vez que el funcionario adquiere la condición de personal estatutario fijo. Y ello desde la óptica de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada y la normativa nacional correspondiente.

Y precisa que los preceptos que debemos interpretar son el artículo 40 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud y el artículo 25.2 del Estatuto Básico del Empleado Público, en relación con la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, y los artículos 9.3 y 14 de la Constitución, así como otros preceptos concordantes que resulten de aplicación.

FUNDAMENTO.- Y nuestra sentencia n.º 225/2020, de 18 de febrero, con cita de diversas sentencias de esta Sala y del Tribunal de Justicia, varias de ellas citadas por el escrito de interposición, no dio lugar al recurso de casación de la Administración autonómica allí concernida, con lo cual mantuvo definitivamente el pronunciamiento de apelación que le condenaba a reconocer a la recurrente su permanencia de cinco años en la categoría de entrada para el acceso a la categoría personal superior. Es decir, concluyó que el tiempo de servicios como interina debía tenerse en cuenta para la progresión en la carrera profesional.

DOCTRINA.- Conforme a la Directiva 1999/70/CE, del Consejo de 28 de junio, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, y los preceptos citados del Estatuto Marco del Personal Estatutario y de las Leyes 16 y 44/2003, el desempeño de un puesto de trabajo como interino puede ser computado a los efectos de progresión en la carrera horizontal una vez adquirida la condición de personal estatutario fijo.

STS DE 28 DE MAYO DE 2020 (REC. 5298/2017)

CUESTIÓN.- «[...] determinar el alcance de la incompatibilidad prevista en el artículo 178.2.b) de la LOREG entre la condición de concejal de una Entidad Local con el desempeño de un puesto de trabajo de carácter temporal al servicio del Ayuntamiento».

FUNDAMENTO.- Teniendo en cuenta la regulación de las situaciones administrativas contenida en el citado TRLEBEP, y prevista, para los funcionarios públicos, en el artículo 85, y para el personal laboral en el artículo 92. Además, dicha temporalidad difícilmente podría conjugarse con la exigencia de que se trate de «personal en activo», como demanda el propio artículo 178.2.b) de tanta cita.

En definitiva, cuanto llevamos expuesto impide que podamos incluir en la expresada causa de incompatibilidad a quien desempeña un puesto de trabajo como personal laboral de carácter temporal, por 180 días, no estable, financiado con fondos ajenos al municipio, salvo que hagamos una interpretación extensiva de dicho supuesto de incompatibilidad, que, como antes adelantamos en el fundamento anterior y ahora reite-

ramos, está proscrita en estos supuestos, según la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de este Tribunal Supremo.

DOCTRINA.- Conviene insistir que en la medida en que las causas de incompatibilidad, que prevé la LOREG, constituyen excepciones a los criterios generales de participación en tareas de carácter público, han de ser interpretadas, por tal razón, de modo restringido. En este punto, además, hay que recordar que, desde luego, el régimen de incompatibilidades, con carácter general, pretende salvaguardar la objetividad e imparcialidad en el desempeño de la función pública. Sin que advirtamos ninguna colisión en este caso, a tenor de la falta de una justificación adecuada al respecto.

STS DE 2 DE MARZO DE 2020 (REC. 3247/2019)

CUESTIÓN.- Determinar si los policías locales interinos, ya nombrados, pueden portar armas de fuego.

FUNDAMENTO.- El propio Estatuto señala la equiparación en el contenido funcional y su ejercicio entre ambas clases de funcionarios, señalando el art. 10 que los funcionarios interinos son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera y que les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera.

DOCTRINA.- En consecuencia y desde el punto de vista estatutario el funcionario interino, en este caso policía local interino, realiza las mismas funciones que los que sean de carrera y con las mismas facultades, en este caso en relación con el uso de armas de fuego, sin que se desprenda de dicha normativa especialidad o limitación al respecto [...] ha de concluirse, respondiendo a la cuestión planteada en el auto de admisión, que los policías locales interinos, ya nombrados, pueden portar armas de fuego.

STS DE 10 DE FEBRERO DE 2020 (REC. 4167/2017), CITANDO PRECEDENTES IDÉNTICOS

CUESTIÓN.- [...] relativa a la interpretación que haya de darse al artículo 26 de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, al artículo 24 de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, al artículo 24 de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015, y al artículo 23 de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, concretamente:

1. Si tales preceptos deben ser interpretados en el sentido de que impiden a los funcionarios públicos que desempeñen idénticos cometidos o funciones que los asignados a un puesto distinto del que sirven a través del oportuno nombramiento percibir los complementos de destino y específico asignados a aquel puesto.
2. Si, por el contrario, dichos preceptos solo resultan de aplicación cuando el funcionario público realiza tareas concretas u ocasionales de otro puesto de trabajo, pero no la totalidad de las funciones y responsabilidades asignadas al mismo en la correspondiente Relación de Puestos de Trabajo o disposición equivalente.

FUNDAMENTO.- El mismo hecho de que se haya formado y mantenido pone de manifiesto una realidad de la Administración Pública: la existencia de supuestos en que funcionarios realizan cometidos de puestos que no son los suyos o que puestos de trabajo con el mismo contenido funcional tienen asignados complementos diferentes. Se trata, desde luego, cuando menos de una disfunción, pero es un fenómeno que se ha dado en la medida suficiente para que el Tribunal Supremo haya llegado a establecer esa doctrina.

Asimismo, debe destacarse que es una práctica imputable a la propia Administración, que es la que debe asegurar la correcta provisión de los puestos de trabajo necesarios para el cumplimiento de sus funciones y crear las condiciones en las que no exista la posibilidad o la necesidad de que funcionarios destinados en un determinado puesto realicen las tareas de otro.

DOCTRINA.- Ha de interpretarse el artículo 26. Uno D), párrafo segundo, de la Ley 17/2012 –y los artículos de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado posteriores que lo han reproducido y relaciona el auto de admisión– en el sentido de que no impide que los funcionarios que desempeñen la totalidad o las tareas esenciales de un puesto de trabajo distinto de aquél para el que fueron nombrados perciban las diferencias retributivas entre los complementos de destino y específico del puesto efectivamente desempeñado y los del suyo.

STS DE 20 DE ENERO DE 2020 (REC. 2677/2017)

CUESTIÓN.- Si el cese del funcionario interino nombrado por sustitución puede producirse con ocasión a la ocupación de la plaza por un funcionario de carrera distinto al sustituido. Identificar como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, las contenidas en el artículo 10, 9.1 y 91 del Estatuto Básico del Empleado Público (Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre).

FUNDAMENTO.- Cabe decir que en sentencia dictada el día 24 de septiembre de 2019 (recurso de casación número 1668/2017) por esta misma Sala y sección el día se fijó la siguiente doctrina: «el artículo 9.4 del Estatuto Marco no autoriza a la Administración a cesar al personal estatutario sustituido cuando no se ha reincorporado el titular del puesto de trabajo ni ha perdido el derecho a hacerlo.».

DOCTRINA.- Que el cese de un funcionario interino debe vincularse a alguna de las circunstancias expresamente contempladas en la norma de aplicación y, particularmente, el cese funcionario interino nombrado por sustitución de un funcionario de carrera con reserva de plaza o puesto solo debe producirse con ocasión de la ocupación efectiva de la plaza o puesto por el funcionario de carrera sustituido o por otro funcionario de carrera para el caso de que el titular inicial pierda el derecho a la reserva del puesto de trabajo y se realice una convocatoria al efecto o existe un mecanismo legal de adjudicación..