

LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD: SU PLASMACIÓN EN EL ESTATUTO DEL EMPLEADO PÚBLICO

María Jesús García García

Profesora Titular del Departamento de Derecho Administrativo
y Procesal de la Universidad de Valencia

El Estatuto Básico del Empleado público es una norma cuya formulación se realiza en gran medida a través de principios. Así sucede en el caso del acceso a la función pública, en donde los principios de igualdad, mérito y capacidad y la interpretación que el Tribunal Constitucional ha efectuado sobre ellos constituyen el eje central de la regulación efectuada por la citada norma sobre esta materia.

Tales principios no sólo resultan de aplicación en el acceso a la función pública, sino que prolongan su vigencia a lo largo de la vida funcionarial y se hacen sobre todo patentes en la regulación de los sistemas de provisión de puestos de trabajo y en el sistema de carrera administrativa y de promoción interna.

El tratamiento que de estas cuestiones ha efectuado el Estatuto Básico del Empleado Público constituye el objeto del presente trabajo, en el que se analiza el grado de concreción conseguido por la norma y su adecuación a las exigencias de la legislación básica en materia de función pública.

SUMARIO

1. LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD EN EL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA.
 - 1.1. Los principios de mérito y capacidad como parámetros del derecho al acceso a la función pública en condiciones de igualdad.
 - 1.2. Algunos supuestos conflictivos: las pruebas restringidas y el conocimiento de la lengua.
 - 1.2.1. Las pruebas restringidas.
 - 1.2.2. El cómputo de los servicios prestados a la Administración.
 - 1.2.3. El conocimiento de las lenguas oficiales.
 - 1.3. Los sistemas selectivos de acceso a la función pública.
 2. LA EXTENSIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD A LA PERMANENCIA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA.
 - 2.1. La provisión de puestos de trabajo y la movilidad de los funcionarios.
 - 2.1.1. Los sistemas de provisión directa.
 - a) El concurso de méritos.
 - b) La libre designación.
 - 2.1.2. Otros sistemas de provisión.
 - 2.1.3. La movilidad de los funcionarios.
 - 2.2. La carrera administrativa y la promoción interna.
 - 2.2.1. La carrera administrativa.
 - 2.2.2. La evaluación del desempeño.
 - 2.2.3. La promoción interna.
-

El Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, es una norma que formula gran parte de su contenido a nivel de principios. Esta tendencia se observa sobre todo en la regulación de los deberes de actuación de los funcionarios. En efecto el artículo 53 del Estatuto establece una serie de consignas de actuación que se formulan bajo la denominación genérica de principios éticos, en tanto que el artículo 54 se refiere a los principios de conducta. El legislador ha querido establecer una especie de código deontológico para los empleados públicos, al modo en que lo tienen establecido otros colectivos profesionales sometidos al ámbito de actuación de los colegios profesionales.

La propia exposición de motivos del Estatuto del empleado público reconoce que estas reglas se incluyen en la Ley con finalidad pedagógica y orientadora, y en este sentido no se puede por menos que afirmar que una Ley no es el instrumento adecuado para llevar a cabo tales pretensiones.

Sin llegar a estos extremos, la regulación del acceso y permanencia en la función pública y la carrera administrativa se formula también en gran medida a nivel de principios y adolece en algunos extremos que estudiaremos a continuación de la falta de contenido sustantivo suficiente para concretar las exigencias básicas que requiere la regulación de esta materia.

Los principios de igualdad, mérito y capacidad y la interpretación que el Tribunal Constitucional ha efectuado sobre ellos constituyen el eje central de la regulación efectuada por la citada norma sobre esta materia. La plasmación de estos principios en el texto constitucional no determina su aplicación exclusivamente en el procedimiento de ingreso en la función pública, sino que prolongan su vigencia a lo largo de la vida funcional y se hacen sobre todo patentes en el establecimiento de los sistemas de provisión de puestos de trabajo y en el sistema de carrera administrativa y de promoción interna.

El tratamiento que de estas cuestiones ha efectuado el Estatuto Básico del Empleado Público constituye el objeto del presente trabajo, en el que se ana-

María Jesús García García

liza el grado de concreción conseguido por la norma y su adecuación a las exigencias de la legislación básica en materia de función pública.

En este sentido, vaya por delante que en mi opinión la Ley ha equivocado el planteamiento de estas cuestiones. El papel del legislador, máxime si legisla con carácter básico, no es reiterar estos principios constitucionales, sino desarrollarlos y positivarlos de forma que alcancen un nivel de concreción y plasmación positiva de la que se derive un grado de exigencia y cumplimiento superior. Esto no quiere decir que el recurso a los principios sea una opción desdeñable como criterio de integración e interpretación de las normas jurídicas, pero una formulación a nivel de principios no cumple con las exigencias de la legislación básica cuyo contenido debe servir para garantizar una legislación uniforme y homogénea a nivel autonómico como primera exigencia de la igualdad.

1. LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD, MERITO Y CAPACIDAD EN EL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA

1.1. LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD COMO PARÁMETROS DEL DERECHO AL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA EN CONDICIONES DE IGUALDAD

El Estatuto Básico del Empleado público regula la selección del personal al servicio de las Administraciones públicas en el Capítulo primero del Título IV (artículos 55 y ss.). Ha de tenerse en cuenta que las normas sobre la selección de los funcionarios forman parte del régimen estatutario de la función pública, y tienen el carácter de legislación básica según se desprende del artículo 149.1.18.^a

Los principios que regulan el acceso a la función pública traen causa de los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución referentes a la igualdad, mérito y capacidad. Ambos preceptos no constituyen compartimentos estancos que hayan de interpretarse y aplicarse por separado, sino que una lectura e interpretación correcta de los mismos pasa por reconocer la interrelación existente entre ambos, y no sólo en lo referente al acceso a la función pú-

Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad: su plasmación en el Estatuto...

blica, sino también en lo relativo a la pertenencia y permanencia en ella como veremos.

Ahora bien, junto a estos tres principios derivados expresamente del texto constitucional, el Estatuto recoge otra serie de principios aplicables a los procedimientos de selección, que si bien no aparecen expresamente recogidos en el texto constitucional, sin embargo su aplicación es igualmente una exigencia básica para la efectividad de los primeros. Así el apartado segundo del artículo 55 alude a la publicidad de las convocatorias y de sus bases, la transparencia, la imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, la independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección, la adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar y la agilidad, sin perjuicio de la objetividad en los procesos de selección. Tal y como hemos señalado antes se trata de una formulación a nivel de principios que no alcanza en la Ley un mayor grado de concreción.

Los principios de mérito y capacidad son los únicos parámetros que dotan de contenido al principio de igualdad en el acceso a la función pública, y así el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de señalar que el principio de igualdad se rompe cuando se tienen en cuenta otros valores en el acceso a la función pública distintos de los anteriores, como pueden ser las situaciones de desempleo, las cargas familiares u otros similares ⁽¹⁾.

La relación entre estos principios se establece sólo en un sentido. Ello es así porque la igualdad se configura a través de una remisión a los principios de mérito y capacidad, pero no a la inversa, es decir los principios de mérito y capacidad no condicionan el ámbito subjetivo de las convocatorias o no son determinantes para su delimitación subjetiva ⁽²⁾. En este sentido se impone una remisión a las denominadas pruebas de carácter restringido, de las que hablaremos después.

En todo caso, hay que tener en cuenta que todos estos principios han de dotarse de contenido en relación con cada cargo o puesto de la función pública.

1. En este sentido puede citarse las SSTC 76/1983, 50/1986, de 23 de abril, o la STC 67/1989, de 18 de abril. También la STC 193/1987, de 9 de diciembre. Más recientemente puede citarse la STC 73/1998, de 31 de marzo.

2. Sobre este punto puede verse la STC 148/1986, de 25 de noviembre.

María Jesús García García

Son en último término las bases de la convocatoria las que deben dotar de contenido en cada caso a estos principios. No obstante, la jurisprudencia ha establecido pautas al respecto, señalando que la capacidad, y especialmente los méritos a tener en cuenta, han de estar en relación con la función a desempeñar (criterio objetivo), sin que puedan llegar a fijarse en atención a personas determinadas (criterio subjetivo)⁽³⁾, doctrina que se ha plasmado en el artículo 55 del Estatuto del Empleado Público. En todo caso, la jurisprudencia ha establecido también que no puede negarse un amplio margen de libertad tanto al legislador⁽⁴⁾ como a la Administración, para dotar de contenido concreto en cada caso a conceptos indeterminados como son los de mérito y capacidad⁽⁵⁾.

De este modo los requisitos establecidos en cada caso han de tener una justificación objetiva y razonable⁽⁶⁾. No cabe establecer condiciones de acceso distintas al mérito y la capacidad, pero por otra parte, las condiciones de mérito y capacidad que se establezcan han de garantizar la correcta vinculación entre las pruebas a superar y los puestos de trabajo a desempeñar.

Otra cosa son los criterios de valoración que se adopten, y la primacía otorgada a unos méritos sobre otros. En este sentido puede citarse la STC 67/1989 de 18 de abril, que ha puesto de relieve la inconstitucionalidad de una valoración excesiva de los servicios prestados que conlleva a efectos prácticos la imposibilidad material de acceder a las funciones y cargos públicos por parte de aquellos que no pueden alegarlos. Del mismo modo, es también con-

3. Los requisitos deben establecerse mediante referencias abstractas y generalizadas, y no mediante referencias individualizadas, evitando cualquier preterición o reserva «ad personam», ya sea de manera expresa como encubierta (SSTC 42/1981, 67/1989, 47/1990 y 27/1991). Han de guardar relación directa con los criterios de mérito y capacidad y no con otras condiciones personales o sociales (SSTC 42/1981, 148/1986, 193/1986, 206/1988 y 215/1991). Han de tener una justificación objetiva y razonable en conexión con las funciones a desempeñar, tanto en términos absolutos como relativos (SSTC 75/1983, 76/1986, 15/1988 y 198/1989).

4. La STC 269/1994, de 3 de octubre, señaló que el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos atribuye al legislador un amplio margen para regular las pruebas de selección. No obstante esta libertad que se reconoce al legislador, es necesario señalar que existen dos límites constitucionales:

- En positivo, los requisitos de acceso han de responder única y exclusivamente a los principios de mérito y capacidad.
- En negativo, interdicción de que la regulación de las condiciones de acceso se haga en términos concretos e individualizados que equivalgan a una verdadera y propia aceptación de personas.

5. STC 50/1986.

6. SSTC 8/1985, 148/1986, 18/1987 y 47/1990.

Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad: su plasmación en el Estatuto...

traría a los principios que se están analizando una valoración de méritos no razonable, que discrimine los servicios prestados en la propia corporación respecto de los prestados en otras Administraciones⁽⁷⁾.

1.2. ALGUNOS SUPUESTOS CONFLICTIVOS: LAS PRUEBAS RESTRINGIDAS Y EL CONOCIMIENTO DE LA LENGUA

Al hilo de todo lo anterior, interesa poner de manifiesto dos aspectos en los que la conflictividad ante el Tribunal Constitucional por vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad ha quedado patente de manera más frecuente: se trata de los supuestos de las pruebas restringidas y del requisito de la lengua, cuestiones a las que de algún modo intenta dar respuesta el Estatuto Básico de los Empleados Públicos.

1.2.1. *Las pruebas restringidas*

El Tribunal Constitucional, en sentencia 27/1991, de 14 de febrero, señaló que el derecho a la igualdad en el acceso a la función pública supone una limitación fundamental a la práctica de pruebas restringidas, las cuales, en general, han de considerarse un procedimiento proscrito por el artículo 23.2 de la Constitución, si bien en determinados casos excepcionales cabe justificar el recurso a ellas.

Según la citada sentencia la excepcionalidad consistió en la necesidad de «... resolver una situación excepcional y derivada de un proceso único e irreplicable de creación de una nueva forma de organización de las Administraciones públicas a nivel autonómico que dio lugar a la necesidad de adscribir, de forma inmediata a personal en régimen de Derecho Administrativo, cuando, ni existían plantillas de funcionarios ni había tiempo para acudir a las formas normales de ingreso en la Administración Pública como funcionario de carrera. (...) Es esta situación excepcional y transitoria la que, mediante la pertinente

7. Puede verse en este sentido la STS de 27 de marzo de 1990. Ilustrativa es también la STC 281/1993, de 27 de septiembre.

María Jesús García García

habilitación legal, puede justificar este sacrificio a la igualdad de trato, a través del reconocimiento de una situación diferenciada que, por las circunstancias del caso y por los intereses en juego, cabe considerar compatible con el artículo 23 de la Constitución, aunque desde luego en modo alguno ha de resultar generalizable o extensible a otros supuestos. Mediante tales disposiciones lo que se persigue exclusivamente es atender a las expectativas de acceso a la función pública creadas por la necesidad de instaurar una nueva Administración autonómica y contribuir a la estabilidad y eficacia de la misma.

El carácter excepcional de dicho sistema de acceso que, por una sola vez, ha de coexistir con el común de la convocatoria libre (procedimiento que, en lo sucesivo, habrá de utilizar la Administración autonómica a fin de permitir el libre acceso de quienes no mantienen con ella relación alguna) ha de llevarnos a declarar que las disposiciones legales cuestionadas, al ser proporcionadas con los fines legítimos enunciados, no han ocasionado vulneración alguna del art. 23.2 CE».

Del párrafo transcrito, conviene tener en cuenta que la sentencia reconoce que estamos ante un sacrificio a la igualdad de trato, lo que es claramente ir más allá de la simple desigualdad objetiva y razonada. En realidad, estas pruebas de acceso han ido modulando lo que se califica como un sistema de acceso excepcional frente al ordinario, recogido en disposiciones adicionales o transitorias de algunos textos normativos, básicamente autonómicos.

Así en determinados casos excepcionales el Tribunal Constitucional ha entendido que la diferencia de trato establecida en la Ley puede considerarse como razonable, proporcionada y no arbitraria, siempre que dicha diferenciación se demuestre como un medio excepcional para resolver una situación también excepcional⁽⁸⁾, expresamente prevista en una norma con rango de Ley y con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima, entre las que se integra también la propia eficacia de la Administración.

8. Puede citarse como ejemplo la STC 302/1993, de 21 de octubre. Según la mencionada sentencia el procedimiento de las pruebas restringidas solo puede coexistir con el sistema común de convocatoria libre por una sola vez. La provisión de pruebas específicas viene derivada de un proceso único e irrepetible de creación de una nueva forma de organización de las Administraciones Públicas a nivel autonómico.

Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad: su plasmación en el Estatuto...

En todo caso el Estatuto Básico del empleado público parece descartar definitivamente el recurso a este sistema, al señalar en su artículo 61 que los procesos selectivos tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia, sin perjuicio de lo establecido para la promoción interna y de las medidas de discriminación positiva previstas en este Estatuto.

1.2.2. *El cómputo de los servicios prestados a la Administración*

La valoración que se dé al tiempo de servicios prestados en una Administración puede producir en la práctica un efecto similar al de las pruebas restringidas. Así puede ocurrir cuando se permite valorar el tiempo de servicios prestados tanto en la fase de concurso como en la de oposición, al admitir en caso necesario que la puntuación asignada en la fase de concurso se suma a la obtenida en fase de oposición y permita remontar el resultado de esta prueba. El Tribunal Constitucional ha señalado que no resulta admisible que la puntuación obtenida en la fase de concurso pueda computarse en la subsiguiente de oposición al objeto de obtener la puntuación mínima exigida en la convocatoria, porque esto supondría favorecer desproporcionadamente a unos opositores frente a otros⁽⁹⁾. La STC 67/1989, de 18 de abril, se pronuncia sobre esta cuestión, indicando que se trata ésta de una técnica de favorecimiento a los funcionarios interinos y contratados frente a los opositores libres en materia de concurso-oposición para el ingreso en la función pública. Señala la sentencia que con ello se consigue el mismo efecto que con la práctica de pruebas restringidas, y señala que *«Esta desigualdad de trato, en cuanto al nivel de exigencia entre unos y otros opositores, por la sola razón de la existencia o no de un periodo previo de servicios administrativos, ha de ser estimada como arbitraria e incompatible con los principios de mérito y capacidad. Por ello ha de declararse que es contraria al artículo 23.2 de la Constitución y que lesiona el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas»*.

La segunda vertiente de la cuestión que analizamos consiste en considerar el tiempo de servicios como mérito valorable dentro de un concurso-oposición en la fase de concurso. En este caso, el Tribunal Constitucional estima como no

9. Igualmente las SSTC 185/1994, de 20 de junio, y 93/1995, de 19 de junio.

María Jesús García García

lesivo al principio de igualdad que el tiempo de servicios sea el único mérito valorable en la fase de concurso por considerar que tal medida no trata de favorecer desproporcionadamente a determinados aspirantes con exclusión de otros, y tampoco se impide que los aspirantes externos puedan demostrar sus méritos y capacidades en la fase de oposición. Entiende el Tribunal Constitucional que con ello no se producen acepciones o pretericiones «ad personam», de manera que las reglas de procedimiento para el acceso a las funciones o cargos públicos se establecen en términos abstractos y generales y no mediante referencias individualizadas. Pueden verse así las SSTC 67/1989, de 18 de abril, y la 60/1987, de 20 de mayo.

El Tribunal Constitucional señala también que la valoración de los servicios prestados como mérito en los concursos para el acceso a la función pública, aunque no puede admitirse como regla general, no es de por sí discriminatoria, siempre que se prevea de forma razonable y proporcionada (STC 67/1989, de 18 de abril).

Por lo que se refiere a la concreta valoración otorgada a los servicios prestados, la STC 11/1996 (LOGSE) señala que la valoración preferente de los servicios prestados, otorgando a profesores interinos por previa experiencia docente una puntuación que representa un tercio del total de puntos, puede considerarse incluida dentro del límite de lo tolerable⁽¹⁰⁾.

El Estatuto Básico del Empleado público ha intentado dar solución a estas cuestiones al regular los sistemas selectivos, como veremos más adelante.

1.2.3. El conocimiento de las lenguas oficiales

El artículo 56.2 del Estatuto Básico del Empleado Público establece que las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias deberán prever la selección de empleados públicos debidamente capacitados para cubrir los puestos de trabajo en las Comunidades Autónomas que gocen de dos lenguas oficiales. Esta cuestión entronca directamente con la consideración del conocimiento de las lenguas autonómicas como mérito excluyente e incluso como requisito específico para poder acceder a la función pública.

10. En un sentido similar la STC 238/1994, de 4 de julio.

Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad: su plasmación en el Estatuto...

En todo caso, es ineludible acudir a la jurisprudencia para deslindar por completo el contenido del citado precepto, y en concreto a las SSTC de 26 de junio de 1986 y de 28 de febrero de 1991. En atención a las mencionadas sentencias, el conocimiento de la lengua vernácula puede ser un requisito en el acceso a la función pública, y ello porque el conocimiento de la lengua autonómica entra en el ámbito de los principios de mérito y capacidad. La exigencia del idioma que es oficial en el territorio donde actúa dicha Administración es perfectamente incluíble dentro de los méritos y capacidades requeridas, aunque según la citada sentencia ha de existir proporcionalidad entre esta exigencia y la función o puesto de trabajo a desempeñar. Sería contrario al derecho de igualdad en el acceso a la función pública exigir un nivel de conocimiento del idioma cooficial en la Comunidad Autónoma que no guardara relación alguna con la capacidad requerida para desempeñar la función de que se trate.

Por su parte la STS de 15 de diciembre de 1998 resuelve un recurso de casación en interés de Ley estableciendo una serie de consideraciones al respecto al hilo de las ideas anteriores:

Primero. El principio general es que pueda valorarse como mérito no eliminatorio el conocimiento de las lenguas oficiales diferentes al castellano.

Segundo. Para concretas y determinadas plazas, los poderes públicos competentes pueden dotar del carácter de requisito excluyente el conocimiento del idioma cooficial de la respectiva Comunidad Autónoma. En todo caso, y según la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1999, para que dicha posibilidad pueda ser factible es necesaria la existencia de una norma legal que permita exigir este requisito con carácter eliminatorio.

Tercero. La finalidad de esta excepción al principio general es la de prever la presencia en la Administración de personal de habla de lengua vernácula, como modo de garantizar el derecho a usarla por parte de los ciudadanos de la respectiva comunidad (STC de 26 de junio de 1986).

Cuarto. La exigencia de este requisito eliminatorio ha de garantizar la proporcionalidad de su exigencia con el tipo de función o puesto de trabajo a desarrollar. Esta vinculación se aprecia en el supuesto de determinadas y concretas plazas, directamente vinculadas a la utilización por los administrados de las lenguas propias de dichas comunidades, siempre que la imposibilidad de utilizarla en sus relaciones con la Administración les pue-

María Jesús García García

da ocasionar un evidente perjuicio. Ello exige la necesidad de valorar en cada caso las funciones que sean competencia de la plaza que pretenda cubrirse, así como el conjunto de funcionarios a los que corresponda un determinado servicio.

Quinto. Cuando no medie alguna de estas circunstancias, sigue siendo plenamente aplicable la constante tesis jurisprudencial que considera discriminatoria la exigencia del conocimiento de los idiomas de las Comunidades Autónomas con carácter obligatorio, expreso o implícito.

Otros pronunciamientos del Tribunal Supremo mantienen esta jurisprudencia. Así puede citarse la STS de 26 de enero de 2000. Ilustrativa en este sentido, puesto que determina la extensión de la cooficialidad en los procedimientos y, por tanto, la necesidad de prever plazas que permitan esta exigencia es la STC 50/1999, que se pronuncia sobre la constitucionalidad del artículo 36 de la Ley 30/1992.

1.3. LOS SISTEMAS SELECTIVOS DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA

Los sistemas selectivos de acceso a la función pública son el cauce formal a través del cual se instrumentan los principios señalados con anterioridad. Es claro que sean cuales sean las pruebas selectivas que se establezcan, estos principios han de regir en todo caso.

Según el artículo 61 del Estatuto del Empleado público los sistemas selectivos de los funcionarios de carrera serán el de oposición y concurso-oposición, que deberán incluir en todo caso una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación. Excepcionalmente, y solo para el supuesto en que una Ley lo prevea, podrá aplicarse el sistema de concurso en la valoración de méritos.

La Ley parece primar como criterio de selección de sus funcionarios los conocimientos, capacidades y habilidades demostradas a través de pruebas objetivas, y esta preferencia se observa por varias circunstancias:

- Se configuran como sistemas de acceso ordinario el concurso o concurso-oposición, que deberán incluir en todo caso una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación.

Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad: su plasmación en el Estatuto...

- Se otorga carácter excepcional al concurso, en el que se prescinde de la realización de este tipo de pruebas objetivas valorando únicamente los méritos de los aspirantes.
- Se limita la puntuación otorgada en fase de concurso, cuando el sistema de acceso consista en el concurso-oposición, al señalar que la valoración otorgada será proporcionada y no determinará en ningún caso por sí misma el resultado del proceso selectivo. De este modo la Ley se hace eco de la extensa jurisprudencia recaída respecto de procedimientos selectivos que pretendiendo primar a determinados colectivos valoraban desproporcionadamente ciertos méritos tales como la experiencia previa o el conocimiento del idioma, hasta el punto de desvirtuar el sistema selectivo. En mi opinión la Ley debería haber incluido la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el sistema de acceso por concurso-oposición que señala que la capacidad prevalece sobre el mérito, de modo que si no se demuestra el mínimo de capacidad exigido en la fase de oposición ya no se pueden tener en cuenta los méritos acreditados ⁽¹¹⁾.

Hay que tener en cuenta la doctrina del Consejo de Estado según la cual la oposición se configura como el sistema de selección más objetivo y el más adecuado para dar efectividad a los principios de mérito y capacidad, facilitando la selección de colectivos numerosos y homogéneos. Desde estos planteamientos el Consejo de Estado apuesta por establecer con carácter básico la oposición como sistema preferente de acceso a la función pública, salvo que por la naturaleza de las funciones a desempeñar o por las circunstancias de la plaza fuera más adecuado el concurso-oposición y excepcionalmente el concurso ⁽¹²⁾.

El Estatuto de los empleados públicos no opta por dar preeminencia a la oposición sobre el concurso-oposición, pero sí garantiza la valoración de los conocimientos y capacidades, limitando la valoración de los méritos y asegurando la realización de pruebas objetivas en el concurso oposición según hemos visto.

11. STC 67/1989, de 1 de abril.

12. Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado de 4 de junio de 1998.

María Jesús García García

Igualmente la Ley recoge la doctrina jurisprudencial recaída hasta la saciedad, sobre la necesidad de conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo convocados. Es decir, que la Ley configura como precepto de carácter básico y garantiza por tanto la adecuación de los procesos selectivos a las características y al grado de especialización de las funciones o tareas a desarrollar en los puestos de trabajo convocados. En cuanto a los sistemas selectivos de personal laboral fijo, la Ley admite la oposición, el concurso-oposición o el concurso de valoración de méritos, pero sin dotar a este último sistema de la excepcionalidad que reviste en el caso de los funcionarios, sin que quede justificada en mi opinión la razón de este diferente tratamiento.

2. LA EXTENSIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD A LA PERMANENCIA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

La institucionalización de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el texto constitucional no determina su aplicación exclusivamente en el procedimiento de acceso a la función pública, sino que prolonga su vigencia a lo largo de la vida funcional (13) y se hace sobre todo patente en el establecimiento de los sistemas de provisión de puestos de trabajo y en el sistema de carrera administrativa y de promoción interna. De esta manera, el derecho reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución comprende no solo el acceso a la función pública, sino también el desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa. No comprende sin embargo el acceso a determinados y concretos puestos funcionariales (14).

En este sentido hay que tener en cuenta que la Constitución establece un sistema estatutario de función pública, pero además de trazar el esquema formal

13. En este sentido puede citarse por ejemplo la STC 287/1994, de 27 de octubre, que señala que el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos garantiza no sólo el acceso igualitario a las funciones y cargos públicos, sino también que los que hayan accedido a ellos se mantengan sin perturbaciones ilegítimas.

14. STC 80/1994, de 14 de marzo.

Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad: su plasmación en el Estatuto...

impone también un modelo de función pública caracterizado por la profesionalización (el mérito y la capacidad), que se proyecta también en la idea de permanencia continuada. Ello conlleva la presencia de un sistema de carrera donde los elementos fundamentales son la provisión de puestos de trabajo y la promoción interna, a los que resultan de aplicación los principios de igualdad, mérito y capacidad.

En todo caso, el Tribunal Constitucional se ha encargado de señalar que el derecho reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución es aplicable durante la vigencia de la relación funcional, si bien es diferente el rigor e intensidad con que operan los principios de mérito y capacidad, según se trate del inicial acceso a la función pública o del ulterior desarrollo o promoción a la carrera administrativa (STC 365/1993, de 13 de diciembre).

2.1. LA PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO Y LA MOVILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS

En el sistema de carrera, el sistema de selección y el de provisión de vacantes obedecen a finalidad distinta, aunque comparten numerosos principios, entre ellos los relativos a la igualdad, mérito y capacidad. Con la selección se procura el reclutamiento de personal y su inserción en la función pública, mientras que con la provisión se tiende a que cada puesto de trabajo sea desempeñado por una persona suficientemente apta.

En este sentido, la profesionalización a la que somete la Constitución a la función pública implica que la articulación de los sistemas de provisión de vacantes obedezca básicamente a los principios de mérito y capacidad, así como al de igualdad⁽¹⁵⁾.

Dentro de los sistemas de provisión de vacantes podemos encontrar aquellos que llamaríamos directos (es decir, aquellos que tienen como finalidad específica la provisión de la vacante, y que conllevan la necesidad de convocato-

15. La aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad son consustanciales a un diseño profesional de función pública. De este modo, el sistema de acceso y provisión de puestos de trabajo por razones de confianza política ha de tener, al menos teóricamente, carácter excepcional, aunque la experiencia demuestra que no ha sido así, lo que supone una relajación de las exigencias constitucionales.

María Jesús García García

ria pública, así el concurso o la libre designación), y otros que pudiéramos llamar indirectos, cuya razón de ser obedece a muy distintas causas, aunque el efecto final que producen es también la provisión a través de la adscripción del funcionario a un puesto de trabajo concreto. Así ocurre en los supuestos de la comisión de servicio, el reingreso al servicio activo a través de la incorporación directa y provisional, la incorporación al primer destino de los recién ingresados, la redistribución de efectivos, la ocupación provisional de puestos de trabajo como consecuencia de una modificación del contenido esencial del puesto que se venía ocupando, por su supresión, por incapacidad manifiesta no negligente que no comporte inhibición, o por cese en un puesto de trabajo obtenido por libre designación. Estos últimos mecanismos están más directamente relacionados con la movilidad funcional y las situaciones administrativas, sin embargo el estatuto básico del empleado público los regula conjuntamente con la provisión de puestos de trabajo, porque como hemos señalado el efecto final es también la provisión.

2.1.1. Los sistemas de provisión directa

a) El concurso de méritos.

El artículo 78 del Estatuto del Empleado público establece que los puestos de trabajo en la Administración se proveerán mediante procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

Sobre los sistemas de provisión de puestos de trabajo el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto que la Administración dispone de un cierto margen de actuación para decidir el sistema de provisión, sin que pueda convertirse en arbitrariedad ⁽¹⁶⁾.

Los sistemas de provisión directa que contempla la Ley son dos: el concurso de méritos y la libre designación, pero admite que las leyes sobre Función pública puedan establecer otros procedimientos o sistemas en aquellos supuestos en que la provisión del puesto de trabajo sea la consecuencia de una

16. Ver STC 293/1993, de 18 de octubre.

Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad: su plasmación en el Estatuto...

actuación administrativa que produce como resultado la movilidad del funcionario.

Por lo que se refiere a los sistemas de provisión directos, hay que señalar que se otorga carácter básico al concurso de méritos como procedimiento normal de provisión ⁽¹⁷⁾, que consistirá en la valoración de los méritos, capacidades o aptitudes de los candidatos por órganos colegiados de carácter técnico. El concurso es el cauce más adecuado para cumplir con los requisitos de mérito y capacidad. Su eficacia como sistema de provisión garante de los derechos de los funcionarios se centra en el preestablecimiento de los criterios a tener en cuenta para la atribución de las vacantes, puesto que esto facilita la transparencia del proceso y su control. Lógicamente también garantiza una cierta igualdad, puesto que se construye sobre la base de la libertad de participación e igualdad de oportunidades.

El tema debe enmarcarse en el ámbito del artículo 23.2 de la Constitución, y es que el ascenso dentro de la función pública mediante la provisión de un puesto de trabajo es también acceso a un cargo o función determinados ⁽¹⁸⁾.

No obstante, hay que señalar que la elección del mecanismo del concurso ha de ir acompañado de algunos criterios para objetivar la provisión. Es necesario que el legislador establezca los criterios y reglas generales que permitan su posterior determinación, puesto que si no cabe la posibilidad de fijar un baremo de méritos a medida del candidato que en la práctica sustituye el concurso por la libre designación.

El artículo 79 del Estatuto define el concurso, pero se olvida de establecer los criterios de valoración a tener en cuenta, sin que ni siquiera se establezca una remisión a la Ley para su determinación. Contrasta esto con la regulación establecida en la Ley 30/1984, de Medidas para la reforma de la Función Pública, cuyo artículo 20 se remitía al contenido de cada convocatoria, estableciendo sin embargo algunos criterios generales tales como la necesidad de

17. No hay que olvidar que la STC 99/1987 establece que el modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones públicas forma parte del régimen estatutarios de los funcionarios públicos, y su regulación estatal con carácter básico es una exigencia de los artículos 103.1 y 149.1.18.ª de la Constitución.

18. En este sentido pueden citarse las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional: 75/1983, 15/1988, 47/1989 y 192/1991.

María Jesús García García

que los méritos recogidos en la convocatoria fueran los adecuados a las características de cada puesto de trabajo, la posesión de un determinado grado personal, la valoración del trabajo desarrollado, los cursos de formación y perfeccionamiento superados y la antigüedad. Esta regulación se complementaba con la previsión del contenido de la convocatoria y su lugar de publicación, atribuyendo carácter básico a esta regulación.

Supone ésta la primera quiebra a la pretendida objetividad del concurso, puesto que la nueva regulación elude la referencia a estos aspectos, básicos en mi opinión para objetivar los procedimientos selectivos.

Más generoso en su regulación se muestra el Estatuto en cuanto a los requisitos que deben reunir los órganos de selección, cuestión ésta a la que quedan referidas la práctica totalidad de las garantías que se recogen en el Estatuto de los empleados públicos respecto a la provisión de puestos de trabajo más allá de los principios generales de igualdad, mérito y capacidad.

La indeterminación contenida en la ley para la utilización de sistemas alternativos de provisión de puestos de trabajo (los criterios para emplear la libre designación no se recogen en el estatuto, sino que se remiten a la legislación autonómica), así como la admisión de la movilidad forzosa, sistema contrapuesto al concurso caracterizado por la voluntariedad, son algunos de los aspectos que reducen en la nueva regulación la relevancia y protagonismo que debiera tener el concurso.

b) La libre designación.

El sistema de libre designación tiene carácter excepcional, puesto que en otro caso quedarían comprometidos los principios de mérito y capacidad en la regulación de la carrera profesional⁽¹⁹⁾.

19. Las SSTs de 16 de mayo de 1989 y 4 de noviembre de 1993 recalcan además que la libre designación no significa atribuir al órgano de decisión un poder omnímodo, puesto que todo nombramiento debe ajustarse al interés público y respetar los principios de mérito y capacidad. En todo caso, estos principios se relativizan y justifican que pueda dejarse desierta una convocatoria, porque de lo contrario la esencia de este sistema quedaría desvirtuada (STC 127/1995, de 25 de julio).

Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad: su plasmación en el Estatuto...

El Tribunal Constitucional se ha referido a este sistema de provisión en Sentencias 18/1987, 10/1989, 293/1993 y 365/1993, señalando que su establecimiento en las normas sobre función pública debe entenderse dentro del legítimo margen que la Constitución atribuye a la Ley para determinar el régimen jurídico de la función pública ⁽²⁰⁾.

El artículo 80 del Estatuto Básico de los empleados públicos regula la libre designación añadiéndole el componente de la publicidad en su denominación (libre designación con convocatoria pública), de acuerdo con la última jurisprudencia constitucional, caracterizando este procedimiento por la apreciación discrecional por el órgano de selección de la idoneidad de los candidatos. Sin embargo remite a las leyes sobre Función Pública para el establecimiento de los criterios que permitan determinar qué puestos podrán cubrirse por el procedimiento de libre designación, estableciendo únicamente como consignas básicas la especial responsabilidad y confianza de éstos ⁽²¹⁾. Nuevamente se echan en falta en una ley de carácter básico los criterios para determinar la procedencia de este sistema. Hubiera sido deseable que el legislador estatal hubiera precisado qué tipo de puestos pueden cubrirse según este sistema (los puestos directivos por ejemplo), aunque finalmente fueran las relaciones de puestos de trabajo las que determinaran la concreta aplicación de los mismos.

En todo caso ha de tenerse en cuenta que el sistema de provisión de puestos de trabajo por libre designación ha de ser considerado excepcional, reducido a los altos cargos de la Administración, y dentro del sector profesional a los puestos que deben ser cubiertos por funcionarios de carrera pero cuya naturaleza y conexión con la actividad política, exigen que el funcionario seleccionado sea de la confianza del designante.

2.1.2. Otros sistemas de provisión

Ya hemos señalado la indeterminación y falta de contenido del Estatuto Básico del Empleado Público a la hora de establecer los criterios para la aplicación

20. Ver al respecto Manuel BEATO ESPEJO: «La libre designación a la luz de la doctrina jurisprudencial: garantías jurídicas», *REDA*, núm. 56, 1987, pp. 585 y ss.

21. Corresponde a la Administración la carga de justificar y probar la especial responsabilidad o confianza de estos puestos, según la STS de 7 de mayo de 1993.

María Jesús García García

de los sistemas de provisión antes mencionados. Pues bien, esta indeterminación alcanza su grado máximo cuando la Ley, en el artículo 78.3, establece la posibilidad de que las Leyes de Función Pública puedan establecer otros procedimientos de provisión en los supuestos de movilidad a que se refiere el artículo 81.2, a saber, permutas entre puestos de trabajo, movilidad por motivos de salud o rehabilitación del funcionario, reingreso al servicio activo, cese o remoción en los puestos de trabajo y supresión de éstos. El precepto parece referirse a la adscripción provisional o forzosa. Junto a la total indeterminación sobre los sistemas de provisión, hay que hacer notar también la absoluta falta de criterios para proveer cada puesto de trabajo, lo que tiene fundamental importancia si tenemos en cuenta que en algunos casos estamos hablando de supuestos de movilidad forzosa.

2.1.3. La movilidad de funcionarios

El derecho al cargo se proyecta sobre un puesto de trabajo concreto, y la posibilidad de alterar la vinculación de un funcionario con él. El derecho al cargo así configurado es deudor del principio de imparcialidad del funcionario, principio que puede quebrar en aquellos casos en que el sistema de inamovilidad funcional y/o geográfica no esté sujeto a la configuración legal de las causas y de los requisitos que puedan motivarlo.

Es decir, no se trata de establecer una inamovilidad funcional absoluta que impida a la Administración adecuar su organización a las tareas que ha de cumplir en cada momento atendiendo al principio de eficacia, pero sí establecer garantías para que esa movilidad no sea una decisión arbitraria de la Administración frente a funcionarios «molestos». La garantía de este principio pasa por una definición legal de las causas que puedan dar lugar a la desvinculación del funcionario de su puesto de trabajo, definición además que ha de operar con carácter básico.

En este sentido es donde en mi opinión el Estatuto Básico del Empleado Público se muestra más deficitario, pues no quedan configuradas las causas que pueden dar lugar a dicha movilidad. Únicamente el artículo 81.2 atiende a uno de los supuestos que pueden producir la movilidad forzosa de los funcionarios de carrera. Se trata de un supuesto justificado por necesidades de servicio o

Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad: su plasmación en el Estatuto...

funcionales en donde no queda garantizada la inamovilidad geográfica. El citado artículo establece como regla general el respeto del lugar de residencia. No obstante, admite también que puedan existir excepciones, dando prioridad en este caso a la voluntariedad en los traslados y determinando las indemnizaciones que por éste correspondan.

Una vez más hay que resaltar el carácter inacabado del precepto básico que únicamente se limita a admitir la posibilidad de la movilidad forzosa, sin establecer unos criterios mínimos que la justifiquen más allá de lo que el precepto denomina «*necesidades del servicio o funcionales*». No existe ni siquiera una referencia a la necesidad de que sea una norma con rango de ley la que prevea los supuestos, el procedimiento y los criterios con arreglo a los cuales proceder a dicha movilidad.

En la práctica, la insuficiencia de criterios sobre el tema dará como resultado una absoluta heterogeneidad de situaciones. Por otro lado, en el plano de las garantías, el artículo 81 del Estatuto se limita a aludir al respeto de las retribuciones y condiciones esenciales de trabajo, admitiendo la posibilidad de modificar el lugar de residencia por motivos excepcionales que sin embargo no se especifican, aunque dando prioridad a la voluntariedad de los traslados. La indemnización correspondiente se configura como la única previsión garantista del sistema.

En la legislación vigente el derecho al cargo es un derecho relativo, desvinculado del puesto concreto, y que apunta únicamente al derecho a no ser privado de las características específicas (básicamente de carácter retributivo y condiciones esenciales de trabajo). En todo caso, y como hemos señalado, la relatividad de este derecho no quiere decir que haya de ser desprovisto de las garantías necesarias para asegurar la objetividad de la Administración. Para ello es esencial la determinación de los supuestos que pueden dar lugar a la movilidad funcional y/o geográfica con carácter básico.

En el caso de la libre designación el artículo 80.4 del Estatuto señala que los titulares de los puestos de trabajo provistos por el procedimiento de libre designación con convocatoria pública podrán ser cesados discrecionalmente. No obstante, es necesario señalar que la discrecionalidad no equivale a arbitrariedad y por tanto las causas que motivan la remoción han de atender a los mismos criterios, aunque devenidos inversos, que motivaron el nombramiento,

María Jesús García García

es decir causas de inidoneidad para el desempeño de la función o quebrantamiento del vínculo de confianza. Como garantía se establece que en caso de cese se les deberá asignar un puesto de trabajo conforme al sistema de carrera profesional propio de cada Administración pública y con las garantías inherentes a dicho sistema. El problema es que el Estatuto apenas proporciona parámetros sobre el sistema de carrera, fuera de los principios de igualdad, mérito y capacidad, de forma que las garantías en el supuesto de remoción quedan nuevamente diferidas a lo que disponga la legislación autonómica.

Por lo que se refiere a los puestos de trabajo cuya provisión se efectúa por el sistema de concurso, es necesario señalar que el Estatuto de los empleados públicos no prevé los supuestos y las causas que pueden dar lugar a la remoción (más allá de la movilidad forzosa recogida en el artículo 81) a diferencia de lo que establecía la Ley 30/1984, de Medidas para la reforma de la Función Pública, que sí efectuaba una enumeración de los distintos supuestos y condiciones para que ello se produjera. El carácter básico de tales preceptos (excepto la redistribución de efectivos) garantizaba que la movilidad funcional obedeciera a causas tasadas por el legislador estatal. Así, pese a la indeterminación que muchas veces presentaban las causas anteriores, al menos el legislador pretendió establecer con carácter básico los supuestos de movilidad funcional.

Frente a esta regulación, el Estatuto básico del empleado público remite a la legislación autonómica la determinación de los criterios objetivos y las causas de remoción de los puestos de trabajo obtenidos por concurso. Ni siquiera se establecen unas garantías procedimentales mínimas, tales como que la remoción se efectúe por procedimiento contradictorio y en resolución motivada, como estableció en su momento el anteproyecto de Estatuto de la Función Pública. En mi opinión deberían haberse establecido con carácter básico las condiciones que pueden dar lugar a la desvinculación referida, puesto que la trascendencia de la remoción respecto de los derechos del funcionario demanda una mayor definición.

Como en el caso anterior en los supuestos de cese o remoción se deberá asignar un puesto de trabajo conforme al sistema de carrera profesional, y con las garantías inherentes a dicho sistema. Hubiera sido deseable que del propio Estatuto se pudieran extraer algunas de estas garantías, tales como su adscripción a un puesto de trabajo que no comporte cambio de lugar de residencia, mante-

Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad: su plasmación en el Estatuto...

nimiento de las retribuciones derivadas de su categoría profesional y el derecho al desempeño efectivo de tareas o funciones propias de su cuerpo.

2.2. LA CARRERA ADMINISTRATIVA Y LA PROMOCIÓN INTERNA

2.2.1. *La carrera administrativa*

La regulación de la carrera administrativa debe fundarse en criterios objetivos de mérito y capacidad por imperativo constitucional, porque ascender es acceder a otro puesto o categoría de la función pública⁽²²⁾. El Estatuto Básico de la Función Pública regula esta cuestión en el artículo 16 y siguientes, definiendo la carrera profesional como el conjunto ordenado de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Ahora bien, fijados estos extremos, el Estatuto renuncia a establecer un modelo único y cerrado de carrera administrativa, ante la posibilidad de que resulte inoperante, dadas la peculiaridad y diversidad existente entre las distintas Administraciones. Por esta razón, el Estatuto permite que, en el marco de unas coordenadas mínimas, sean las leyes autonómicas sobre Función Pública las que establezcan el modelo de carrera profesional más adecuado a las características de cada Administración.

Por tanto, la norma citada renuncia a establecer un modelo acabado y predefinido de carrera administrativa, permitiendo la aplicación aislada o simultánea de alguna de las siguientes modalidades: la carrera horizontal o vertical.

La carrera horizontal consiste en la progresión de grado, categoría, escalón y otros conceptos análogos, sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo. Se establecerán por norma con rango de ley los requisitos y méritos a valorar para el ascenso de acuerdo con los criterios contemplados en el artículo 17.b) del Estatuto y en consonancia con el instrumento de ordenación de la actividad profesional por el que se haya optado.

22. Ver Rafael BAÑÓN: «Función pública local en España. Movilidad, carrera y profesionalización del personal», *REDA*, núm. 51, 1986, p. 339.

María Jesús García García

La configuración de la carrera administrativa pasa por asignar al funcionario un estatuto personal cuya definición terminológica puede variar. El Estatuto habla de grado, categoría, escalón y otros conceptos análogos.

En este sentido el Estatuto parece instaurar un sistema de carrera que se funda en la existencia de categorías personales ordenadas a las que se accede por méritos hasta llegar a la cúspide de la profesión dentro de la Administración. Se establece por tanto un sistema de carrera, estructurado mediante criterios prefijados de ascenso gradual. El Estatuto del Empleado Público no establece sin embargo ningún otro criterio básico que estructure el sistema de carrera horizontal, como podría ser el número de categorías o grados por grupo profesional, cuerpo o escala o los criterios para su establecimiento. Se trata por tanto de aspectos que quedan bastante indeterminados y que sería aconsejable en aras a una mayor homogeneidad que quedaran determinados en la Ley. En todo caso el Estatuto debería haber establecido una reserva de ley en la determinación de las categorías correspondientes a cada cuerpo o escala. Entiendo que no hubiera estado de más que una norma de carácter básico unificara estos extremos.

La norma citada establece un modelo en que los ascensos de categoría, grado o equivalente son consecutivos con carácter general [salvo en aquellos supuestos excepcionales en los que se prevea otra posibilidad según el artículo 17.a)] y se basan en los siguientes criterios de valoración: la trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados, los conocimientos adquiridos y el resultado de la evaluación del desempeño. El precepto admite que asimismo puedan incluirse otros méritos y aptitudes por razón de la especificidad de la función desarrollada y la experiencia adquirida. En este sistema, la antigüedad no ocupa un lugar destacado, en la medida en que no aparece establecido como un criterio autónomo e independiente, sino supeditado a la experiencia adquirida. Ello es así porque la antigüedad considerada con carácter exclusivo podría jugar en detrimento de la eficacia administrativa. El ascenso de categoría no es automático en función de criterios como la antigüedad, sino que se supedita a la valoración individualizada del trabajo funcional.

Por lo que se refiere a la dinámica de la regulación de la carrera, hay que señalar que el artículo 17.a) del Estatuto señala que los ascensos serán consecutivos, aunque se permite el ascenso «per saltum» en aquellos supuestos excepcionales en los que se prevea otra posibilidad, sin que se concreten los

Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad: su plasmación en el Estatuto...

supuestos habilitantes de tal excepcionalidad. Tampoco se configura en la Ley la existencia de un periodo de permanencia mínimo y obligatorio en cada categoría como requisito previo para poder acceder a la siguiente categoría. Esto hace probable la existencia de distintas velocidades en la trayectoria profesional y de carrera, dependiendo de las diferentes Administraciones públicas, lo que refuerza la idea, junto con los argumentos anteriores, de la indeterminación en que se mueve esta norma.

El otro sistema de carrera admitido por el Estatuto de la Función Pública identifica la carrera administrativa con el desempeño sucesivo de puestos de trabajo, de manera que los puestos más apetecidos y mejor retribuidos se asignan a los mejores, a través de procedimientos formalizados de selección. En este sistema de empleo el concurso para la provisión de puestos de trabajo se configura como el elemento garantista que asegura el respeto de los principios de mérito y capacidad, de ahí la importancia de dotarle de carácter ordinario en la provisión de puestos de trabajo, y de que la Ley configure previamente el conjunto de méritos a valorar en él. En este sistema por tanto existe una absoluta dependencia entre la carrera administrativa y la provisión de puestos de trabajo.

2.2.2. La evaluación del desempeño

El sistema de carrera horizontal impone el sistema de evaluación del desempeño. Así lo establece el artículo 20.5 del Estatuto, en el que se supedita la aplicación de la carrera profesional horizontal a la aprobación previa de sistemas objetivos que permitan evaluar el desempeño del puesto de trabajo. No obstante, la evaluación del desempeño adquiere en el Estatuto una mayor trascendencia, pues a sus resultados se supedita también la obtención de las retribuciones complementarias, e incluso el cese del puesto de trabajo obtenido por el procedimiento de concurso. De ahí que el Estatuto del empleado público exija que los sistemas de evaluación del desempeño se adecuen a los criterios de transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación. Cada Administración pública determinará la periodicidad de las evaluaciones, los órganos encargados de su realización y los procedimientos aplicables que deberán respetar los principios de igualdad, publicidad y transparencia. De esta manera, de la capacidad para conjurar métodos de valoración que garanticen

María Jesús García García

la objetividad y el respeto a los principios de mérito y capacidad depende el éxito del sistema.

No obstante, hay que señalar que el artículo 20 del Estatuto sólo establece genéricamente los factores a evaluar (la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados), pero no establece unos mínimos principios básicos más allá de estos elementos. De esta forma el citado precepto no contiene el mínimo contenido básico que sería exigible. Sería deseable en atención al principio de igualdad en la aplicación del sistema que el Estatuto estableciera con mayor detalle y amplitud los criterios a tener en cuenta en la valoración, y estableciera con carácter más detallado los principios que resulten de aplicación. Como conclusión cabe señalar que no existen en el Estatuto mínimos suficientes que doten al sistema de garantías de aplicación con igualdad y homogeneidad entre las distintas Administraciones públicas. No solamente son relevantes los aspectos a valorar (qué valorar), sino también en igual medida los métodos de valoración (cómo valorar), cuestión esta que demandaría unas bases comunes como por ejemplo unas previsiones genéricas sobre los sistemas y órganos evaluadores.

2.2.3. La promoción interna

Por lo que se refiere a la promoción interna, el Estatuto Básico del Empleado Público prevé dos modelos: la promoción interna vertical y la promoción interna horizontal. La primera consiste en el ascenso desde un cuerpo o escala de un subgrupo o grupo de clasificación profesional a otro superior. La promoción horizontal, menos frecuente, consiste en el acceso a cuerpos o escalas del mismo subgrupo profesional. Son pocas las referencias que el estatuto efectúa a esta cuestión, remitiéndose como en supuestos anteriores al plano de los principios e indicando la aplicación de los de igualdad, mérito y capacidad. Establece también el Estatuto en el artículo 18.2 el requisito de la antigüedad, pues para poder generar el derecho a la promoción interna es necesario haber estado al menos dos años de servicio activo en el grupo o subgrupo inferior, lo que plantea el problema de determinar si este mismo requisito de la antigüedad será también de aplicación a la promoción horizontal. El informe elaborado por la Comisión de Expertos para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público hizo referencia a la posibilidad de exi-

Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad: su plasmación en el Estatuto...

gir el requisito de la antigüedad, si bien considerando que su fijación debía quedar encomendada a las diferentes leyes autonómicas. El estatuto sin embargo lo ha incorporado con carácter básico.

El Estatuto también remite a las leyes sobre función pública para determinar los sistemas para realizar la promoción interna, exigiendo como requisito para que se produzca la citada promoción la superación de las correspondientes pruebas selectivas (artículo 18.2). Esta previsión parece descartar la posibilidad de que la promoción se pueda realizar mediante la pura y simple realización de cursos de formación como viene siendo habitual en los procesos de «funcionarización», pero no contiene ninguna otra indicación sobre cuál haya de ser el procedimiento selectivo (concurso, oposición), lo que representa una indeterminación más de la Ley. Habría sido conveniente que el Estatuto hubiera fijado algún otro criterio que hubiera asegurado una cierta garantía a los empleados públicos, tal como concretar que dichos procesos de promoción no obliguen a los interesados a superar pruebas acreditativas de su capacidad y conocimientos cuando una y otros hubieran sido ya acreditados previamente en el acceso al cuerpo, grupo o colectivo de origen. También en este punto el Estatuto del Empleado Público ha renunciado a fijar otros criterios que no sean los de la aplicación de los principios constitucionales.

Las leyes autonómicas que regulen sobre esta materia, habrán de tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencia 302/1993, de 9 de noviembre), respecto a la preferencia para cubrir los puestos de trabajo vacantes ofertados sobre los aspirantes que no procedan de ese turno en el sentido de que *«la promoción interna de los funcionarios a través del trabajo, no puede confundirse con una patente para excluir la vigencia de los principios constitucionales, de modo que nada permite al legislador estatal o autonómico transgredir los límites que la Constitución impone a su libertad de configuración normativa, y menos cuando está en juego un derecho con rango fundamental como el de la igualdad de acceso de todos los ciudadanos a las funciones públicas»*.

Por lo que se refiere a la promoción del personal laboral, el artículo 19 del Estatuto les reconoce este derecho, pero remite para su efectividad a los principios previstos en el Estatuto de los Trabajadores o en los Convenios colectivos inaplicando los artículos relativos a los funcionarios que, en mi opinión, y al operar únicamente en el plano de los principios, son perfectamente traslada-

María Jesús García García

bles a este colectivo. No contempla en cambio el Estatuto el supuesto de la denominada «promoción cruzada», es decir la posibilidad de promoción desde la condición de empleado laboral a cuerpos, escalas y grupos de funcionarios, con los requisitos y mediante las pruebas correspondientes.