

# **SITUACIÓN Y REFORZAMIENTO DE LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD EN EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO**

**Lucía Fernández Delpuech**

## **RESUMEN TESIS Nº 15**

El acceso a los empleos públicos ha de realizarse con respeto a los principios de mérito y capacidad, que están reconocidos al máximo nivel jurídico, en la Constitución Española (artículos 14 y 23.2 en conexión con el artículo 103.3) y forman parte del contenido esencial nada más y nada menos que de un derecho fundamental: el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los empleos públicos del Sector Público.

Sin embargo, aunque muchos procesos de selección de empleados públicos en España son respetuosos con los principios de igualdad, mérito y capacidad, otros muchos no lo son, produciéndose favoritismos de diverso tipo, que son graves, por atentar contra el derecho fundamental mencionado, así como perjudicar al Estado de Derecho, que precisa de empleados públicos formados e imparciales. Lo expuesto pone de manifiesto el interés de este estudio para la organización y funcionamiento de las Administraciones Públicas, por cuanto la selección de su personal es una cuestión capital para que dispongan de empleados públicos realmente formados para realizar correctamente sus funciones y que estén comprometidos con los principios de legalidad, objetividad e imparcialidad, que difícilmente pueden ser salvaguardados cuando no se accede al puesto de trabajo público mediante méritos y capacidad.

Por todo lo expuesto, el primer aspecto de esta tesis doctoral es el de exponer la situación actual de los citados principios constitucionales, en la que se vienen produciendo irregularidades como las siguientes:

- La falta de especialización técnica o de imparcialidad del órganos de selección.
- El diseño del baremo de méritos y de las pruebas a medida de determinados candidatos o colectivos favorecidos al margen del mérito y capacidad.
- Insuficiente publicidad y la falta de garantías en el procedimiento de selección.
- La no inclusión de puestos de trabajo en la Oferta de empleo público y la no tramitación de los procesos selectivos. En su lugar, se utiliza abusivamente la contratación laboral o el contrato administrativo de servicios, la contratación de personal eventual de confianza, y también se utiliza de forma excesiva al personal temporal, que se eterniza en el puesto de trabajo sin superar el correspondiente proceso selectivo.
- El incumplimiento de la normativa sobre límites temporales en la contratación de personal laboral temporal, que da lugar a la figura del personal laboral indefinido no fijo.

## **SITUACIÓN Y REFORZAMIENTO DE LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD EN EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO**

**Lucía Fernández Delpuech**

- Los procesos de funcionarización de personal laboral y los procesos de consolidación de empleados temporales, donde se rebajan las exigencias de las pruebas de conocimientos y se sobrevaloran desproporcionadamente los servicios prestados.
- La huida del Derecho Administrativo mediante la creación de Entes Públicos sometidos al Derecho Privado o de Entes privados, cuyo personal es laboral y para cuya selección no se siguen los procesos selectivos de acceso del personal de las Administraciones Públicas.

En los casos citados, la falta de vigencia completa y real de tales principios constitucionales se debe no solamente a la práctica administrativa, sino también a la propia legislación vigente, la cual no ha establecido mecanismos suficientes al respecto.

Por ello, el objetivo de esta tesis doctoral es apuntalar aún más el análisis de los mencionados principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, como contenido esencial del derecho fundamental mencionado, así como sistematizar de forma detallada los problemas que lesionan la vigencia de tales principios (vulnerando así el citado derecho fundamental) y, finalmente, proponer soluciones legales concretas y mecanismos definidos y lo más detallados posibles que permitan solucionar y prevenir dichos problemas con mayor eficacia.

Ciertamente, en el año 2007 se promulgó el Estatuto Básico del Empleado Público, pero el mismo no ha establecido el conjunto de garantías concretas que son necesarias para resolver el problema, y, además, ha optado por reiterar graves lacras, como la reproducción de los procedimientos desiguales y privilegiados de consolidación de empleo temporal y de funcionarización.

La cuestión del acceso al empleo público ha sido objeto de diversos estudios doctrinales y de reformas legales, pero, dada la situación expuesta de falta de vigencia en muchos casos de los mencionados principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, quedaba totalmente justificado el nuevo estudio de la cuestión realizado por esta tesis doctoral, sobre todo por las propuestas innovadoras de *lege ferenda* que en la misma se contienen.

La presente tesis doctoral se basa en el estudio del Derecho positivo, analizando tanto las fuentes del Derecho (ley, costumbre y principios generales del Derecho), como la doctrina del Tribunal Constitucional, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y diversas resoluciones de otros órganos judiciales nacionales e internacionales (como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea). Además, y como complemento imprescindible, se procede al estudio de la doctrina, partiendo del análisis de obras generales sobre Derecho Administrativo y sobre Empleo Público para, a continuación, profundizar en el

## **SITUACIÓN Y REFORZAMIENTO DE LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD EN EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO**

**Lucía Fernández Delpuech**

estudio de monografías. También se toman en consideración diversas aportaciones, tales como Informes del Defensor del Pueblo, de Defensores del Pueblo autonómicos, del Consejo Económico y Social, y de órganos consultivos de las Administraciones autonómicas. Precisamente el amplio material jurídico y bibliográfico utilizado es una de las razones que justifica la extensión de esta tesis doctoral, que, tras un profundo análisis de dicho material, ha llegado a conclusiones concretas y definidas.

El presente trabajo, teniendo en cuenta el sistema de fuentes existente en materia de empleo público, parte, fundamentalmente, del análisis de las reglas constitucionales y de la legislación básica del Estado, si bien, de forma proporcionada y pertinente, se efectúan referencias a otras normativas, como las autonómicas. En el análisis de la normativa jurídica se han aplicado los métodos exegético (intentando descifrar de la forma más auténtica posible lo que el legislador ha querido decir), sistemático (tomando en consideración la sistemática de los cuerpos jurídicos en que se enmarcan las normas, así como tratando de construir o determinar la existencia de instituciones o figuras jurídicas en las que ubicar la problemática planteada), y sociológico (teniendo en cuenta que el Derecho es un producto de la sociedad, y que por tanto ha de tenerse en cuenta la realidad social a la hora de conceptualizar las instituciones jurídicas). Asimismo, esta tesis doctoral pretende cumplir con las exigencias propias de una tesis doctoral en materia jurídica, en particular, con la objetividad, racionalidad, logicidad, sistematicidad y precisión.

Dado que los principios de mérito y capacidad forman parte del contenido esencial de un derecho fundamental, se procede, en el Primer Capítulo de esta tesis doctoral, a un análisis introductorio de la figura de los derechos fundamentales y sus garantías, para, a continuación, realizar un estudio profundo, en el Segundo Capítulo, del derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los empleos públicos. Esta tesis plantea el análisis de una figura unitaria: el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los empleos públicos (tanto funcionariales como laborales, tanto de las Administraciones Públicas como del resto de Entes del Sector Público), y cuyo análisis se realiza para determinar con la mayor exactitud posible qué exigencias sustantivas y de procedimiento se derivan del contenido esencial de dicho derecho fundamental. Y es que, efectivamente, el contenido de este derecho fundamental se traduce en una serie de condicionamientos que afectan al sistema de selección, al órgano de selección y a las garantías de procedimiento, aspectos éstos que se desarrollan en los siguientes capítulos de la tesis.

Así, en el Capítulo Tercero se procede al estudio de los sistemas de selección existentes (oposición, concurso-oposición y concurso), delimitando los requisitos de objetividad y proporcionalidad que debe reunir el diseño de los procesos selectivos

## **SITUACIÓN Y REFORZAMIENTO DE LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD EN EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO**

**Lucía Fernández Delpuech**

para no favorecer arbitrariamente a personas concretas o colectivos determinados. En particular, se analizan los límites que debe imponer el legislador para el diseño de baremos de méritos, y para el uso de las pruebas complementarias previstas en el artículo 61.5 del Estatuto Básico del Empleado Público (tales como las entrevistas). Igualmente se analiza el problema de la excesiva fragmentación de los procesos selectivos en España, donde, para puestos de trabajo muy similares (tales como técnicos de una determinada materia, auxiliares administrativos, profesiones, etc.) se traman miles de procedimientos selectivos con requisitos y pruebas muy diferentes. Finalmente, se estudian los procesos privilegiados de funcionarización y de consolidación de empleo temporal.

En el Capítulo Cuarto se analizan los órganos de selección, cuyas exigencias esenciales de imparcialidad y especialización técnica no están completamente aseguradas por la legislación vigente, y que, sin embargo, son esenciales para que el único criterio considerado en la selección sea el mérito y la capacidad y no el favoritismo. En particular, se destaca la necesidad perentoria de implantar la designación de los miembros por sorteo (entre personas cualificadas técnicamente).

El Capítulo Quinto está dedicado a la normativa aplicable a la selección del personal laboral del Sector Público, respecto de cuya selección las garantías de los principios de mérito y capacidad han sido siempre menores que en el caso del personal funcionario. Igualmente, se analiza la figura de la nulidad del contrato laboral (que no extinción) cuando el proceso selectivo adoleció de irregularidades.

Por otro lado, las necesidades permanentes de personal en el Sector Público han de ser cubiertas mediante personal funcionario de carrera (o, en su caso, estatutario fijo) y laboral fijo, y no por personal interino o temporal. Por ello, en el Capítulo Sexto de esta tesis se procede al análisis, en primer lugar, de los presupuestos del proceso selectivo (que son la relación de puestos de trabajo y la Oferta de empleo público), intentando dar respuesta al problema de la no inclusión de puestos de trabajo en la Oferta y la no tramitación de los procesos selectivos para cubrirlos. En segundo lugar, se analizan las formas irregulares a través de las cuales se elude la contratación de personal funcionario de carrera y laboral fijo, que son principalmente la contratación de personal temporal para cubrir necesidades permanentes (que da lugar al fenómeno cíclico de consolidación privilegiada de bolsas de empleo precario), la utilización de personal eventual fuera de los supuestos legalmente establecidos o en excesivo número, y la celebración de contratos administrativos de servicios que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario.

El derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los empleos públicos (de naturaleza no eventual) también implica, a nuestro juicio, una serie de garantías

## **SITUACIÓN Y REFORZAMIENTO DE LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD EN EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO**

**Lucía Fernández Delpuech**

formales en la tramitación de los procesos selectivos, que son objeto de análisis en el Capítulo Séptimo de esta tesis doctoral, destacando la necesidad de más transparencia en dichos procesos. Sobre esta cuestión debe destacarse que la nueva Ley de Transparencia no ha realizado grandes aportaciones, especialmente en lo referente a la publicidad de oficio en materia de empleo público, asunto éste en el que se hacen numerosas propuestas en esta tesis doctoral.

Finalmente, en el Capítulo Octavo se analiza el fenómeno de la huida del Derecho Administrativo mediante la creación de Entes Públicos sometidos al Derecho Privado o de Entes privados, cuyo personal es laboral, y en cuya selección están muy debilitados los principios de mérito y capacidad, siendo la intensidad de la legislación reguladora muy baja.

Tras el estudio sistematizado que se contiene en los ocho Capítulos expuestos, se han alcanzado un gran número de conclusiones, tanto desde la perspectiva teórica, de los conceptos jurídicos más abstractos, como desde la perspectiva práctica, pues no sólo se trata de aclarar cuestiones relativas a las instituciones jurídicas implicadas en esta materia del acceso al empleo público, sino que también se trata de dar solución a la variada tipología de infracciones puestas de manifiesto. Para ello se exponen en las conclusiones numerosas propuestas de *lege ferenda*, innovadoras, que contienen mecanismos de garantía detallados tendentes a perfeccionar la legislación que debe garantizar la vigencia de los principios de mérito y capacidad.

En particular, puede hacerse referencia, a título de ejemplo, a las reglas propuestas sobre objetividad y proporcionalidad en el diseño de los procesos selectivos para evitar favoritismos arbitrarios con personas concretas o colectivos determinados. También se propone la unificación de procesos selectivos en ámbitos tales como el personal administrativo de Universidades, el personal general de los Entes Locales, o el personal de los Organismos Públicos, a los efectos de evitar el excesivo fraccionamiento de los procesos selectivos, así como se proponen reglas sobre externalización de los órganos de selección, para salvaguardar su imparcialidad y especialización técnica, y se propone como regla general la insaculación o sorteo para la designación de sus miembros.

De gran importancia para el objetivo de esta tesis doctoral ha sido concluir sobre la necesaria implantación jurídica de mecanismos concretos que impidan la perpetuación de los empleos temporales. Entre estos mecanismos se propone la fijación por ley de un porcentaje máximo de contratación temporal, la obligación de amortizar las plazas ocupadas por funcionarios interinos y personal laboral temporal que no se oferten en la Oferta de Empleo Público y de cesar a éstos. Se propone también que la ley declare expresamente nulos los contratos laborales encubiertos bajo contratos administrativos

## **SITUACIÓN Y REFORZAMIENTO DE LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD EN EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO**

**Lucía Fernández Delpuech**

de servicios o que tengan por objeto funciones reservadas al personal funcionario, conllevoando esta declaración de nulidad el cese del personal afectado.

Se postula también la necesidad de certeros controles internos en la Administración Pública para evitar la prolongación irregular de las relaciones de empleo temporal: así, la necesidad de implantar un programa informático de control de personal, que efectúe alertas y avisos cuando se sobrepasa la duración legal máxima de los contratos o nombramientos, y que refleje el modo y el tipo de personal que en cada momento ocupa cada puesto de trabajo, así como controle que los puestos de trabajo cubiertos por personal temporal son incluidos en la Oferta de empleo público en los términos que marca la ley. Se propone también que la ley establezca la imposibilidad de celebrar contratos o hacer nombramientos a favor de personas sin un certificado sobre su historial de contratos y nombramientos y sin un informe emitido por el órgano de asesoramiento legal que califique como legal la contratación o nombramiento.

Finalmente, y en cuanto se refiere a las garantías de procedimiento en la selección de empleados públicos, se concluye que una de las principales garantías en este ámbito es la transparencia administrativa, que constituye un mecanismo esencial para asegurar la legalidad de la actuación pública y reducir la corrupción. A este respecto, se consideran insuficientes las medidas contenidas en la legislación sobre transparencia administrativa, y se proponen medidas especialmente en materia de publicidad activa, de modo que la ley obligue, con ayuda del mencionado programa informático de control de personal, a todas las Administraciones y Entes del Sector Público a que expongan a través de Internet cómo cubren en cada momento todos y cada uno de sus puestos de trabajo, así como informen claramente al ciudadano acerca del cumplimiento de circunstancias tales como la inclusión en la OEP de todas las plazas que deben ser ofertadas, o la superación del límite temporal máximo de los nombramientos y contratos temporales. Se postula también la potenciación de la labor de fiscalización previa (no a posteriori) por los órganos internos de Intervención sobre los nombramientos y contrataciones, con efecto suspensivo.

Finalmente, se propone la extensión de todas las garantías de fondo y de procedimiento analizadas, tanto al personal laboral de las Administraciones Públicas, como a todo el personal de los Entes Instrumentales públicos y privados y de los Organismos Reguladores.

Las conclusiones recogidas en esta tesis doctoral ponen de manifiesto un claro carácter innovador de este estudio respecto de la doctrina general, pues, si bien ésta ha denunciado reiteradamente muchas de las irregularidades existentes, así como ha propuesto algunas soluciones (pudiendo destacarse el Informe que se elaboró por Expertos para el estudio del Estatuto Básico del Empleado Público), era preciso

## **SITUACIÓN Y REFORZAMIENTO DE LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD EN EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO**

**Lucía Fernández Delpuech**

sistematizar aún más la situación, dar respuesta a interpretaciones contrapuestas sobre ciertas figuras, a nivel teórico y, finalmente, y ya en el nivel práctico, aportar soluciones muy concretas y contundentes, integradas por mecanismos de garantía detallados.

Esta tesis doctoral analiza desde el plano teórico las instituciones implicadas (el derecho fundamental citado, los principios de mérito, capacidad, imparcialidad, especialización técnica, la nulidad del contrato laboral, la contratación encubierta, etc.), pero, tras aportar la claridad de que es capaz a los conceptos jurídicos básicos sobre los que se articula todo el sistema, realiza además una tarea fundamental, e innovadora en buena medida, cual es la de proponer mecanismos concretos y eficaces desde una perspectiva práctica, para impedir las irregularidades y lacras existentes en la selección de los empleados públicos. A través de las conclusiones alcanzadas, pues, se aporta conocimiento al ámbito de la doctrina, pero, además, se ofrecen al legislador herramientas y mecanismos muy concretos para la organización, el funcionamiento y la práctica administrativa (a implantar por dicho legislador).