

## SUPUESTO

43

### Acceso de los ciudadanos no comunitarios a la función pública local

#### SUPUESTO

El Ayuntamiento X ha convocado un proceso de selección para provisión de varios puestos de personal laboral, en el que se incluye como requisito tener la nacionalidad española o la de uno de los restantes países miembros de la Unión Europea o de aquellos estados en los que sea de aplicación la libre circulación de trabajadores, en los términos previstos en el artículo 57 del EBEP según el cual *“los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea podrán acceder, como personal funcionario, en igualdad de condiciones que los españoles a los empleos públicos, con excepción de aquellos que directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas”*.

Doña Ofelia Uribe es una mujer de nacionalidad colombiana con residencia legal en el municipio, lo que la autoriza para trabajar en España, y desearía acceder a uno de estos puestos de trabajo que el Ayuntamiento pretende ofertar, concretamente un empleo de limpiadora en uno de los edificios dependientes del Ayuntamiento.

## PREGUNTAS

- 1) ¿Pueden los nacionales de estados no comunitarios con residencia legal en España acceder a puestos de personal laboral en las convocatorias de empleo de las distintas administraciones públicas?
- 2) ¿Qué limitaciones relacionadas su edad se le podrían presentar a Doña Ofelia Uribe para acceder a ese puesto de trabajo en concreto?
- 3) ¿Podría el Ayuntamiento realizar la convocatoria a ese puesto de trabajo mediante pruebas restringidas sin libre concurrencia de los aspirantes?
- 4) ¿Cuál es la distinción entre este proceso selectivo para personal laboral y el correspondiente para personal funcionario?
- 5) ¿Sería posible la exención del requisito de nacionalidad española por razones de interés general para el acceso a la condición de personal funcionario?

## RESPUESTAS

### Pregunta 1

Para acceder a un puesto de personal laboral en una Administración local, en el caso de extranjeros no comunitarios el artículo 57.4 del EBEP dispone que “...*los extranjeros con residencia legal en España podrán acceder a las Administraciones Públicas, como personal laboral, en igualdad de condiciones que los españoles*”.

De otro lado, en virtud de lo establecido en el artículo 10.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, “*los extranjeros podrán acceder como personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. A tal efecto, podrán presentarse a las ofertas públicas de empleo que convoquen las Administraciones públicas*”.

Así pues, en función del carácter laboral o funcionarial (estricto o amplio) de los puestos a ocupar se dispensa un trato diferente según la nacionalidad del aspirante a empleado público. De modo que: 1) los extracomunitarios no pueden acceder a funciones atribuidas a funcionarios públicos, en general, pero sí a las que correspondan al personal laboral; 2) los extranjeros comunitarios, en cambio, pueden acceder libremente a puestos correspondientes a personal laboral y ciertos puestos de funcionario, en los que no se actúe en ejercicio del poder público; 3) y sólo los nacionales españoles pueden acceder con libertad a cualquier empleo en la Administración Pública, de carácter funcionarial o laboral.

En definitiva, puede decirse que el acceso de los extranjeros al empleo público se ha llevado a su máxima expresión cuando se trata de la cobertura de plazas laborales, mientras que se encuentra fuertemente restringido si la plaza a cubrir es funcionarial.

Se prevén otras excepciones al requisito de la nacionalidad cuales son: en primer lugar, podrán acceder a la condición de funcionario –con excepción de las funciones que supongan ejercicio del poder público– y de contratado laboral en la Administración Pública, el cónyuge de los españoles y de los nacionales de otros estados de la Unión Europea, siempre que no esté separado de hecho, cualquiera que sea su nacionalidad, así como a sus descendientes o a los de su cónyuge (siempre que no se encuentren separados de derecho) menores de veintiún años o mayores de esa edad dependientes. En segundo lugar, podrán acceder, como personal funcionario –de nuevo, con excepción de las funciones que supongan ejercicio del poder público– o laboral, al empleo público, las personas incluidas en el ámbito de aplicación de los Tratados Internacionales celebrados por la Unión Europea y ratificados por España en los que sea de aplicación la libre circulación de trabajadores (nacionales de países como Suiza o Liechtenstein). Y, por último, aquellos extranjeros, de cualquier nacionalidad, que pretendan acceder a un puesto de funcionario –se entendería, en este caso, sin limitación alguna– con relación al cual una Ley de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas haya eximido del cumplimiento del requisito de la nacionalidad; esta última excepción al requisito de la nacionalidad responde a la necesidad de prever la cobertura de plazas reservadas a funcionarios en caso de que se produzca una insuficiencia de la demanda por nacionales españoles.

En esa línea se aprobó la Ley 32/2002, de 5 de julio, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, al objeto de permitir el acceso de extranjeros a la condición de militar profesional y de tropa y marinería (norma, en la actualidad, derogada por la Ley 39/2007, de 19 de noviembre de la Carrera Militar).

De esta forma los nacionales de estados no comunitarios con residencia legal en España podrán acceder a puestos de personal laboral en las convocatorias de empleo de las distintas administraciones públicas, en las condiciones definidas por la legislación vigente en materia de extranjería y las normas que la desarrollan.

Por tanto, cumplidas tales exigencias, asiste el derecho de acceso a un puesto en una Administración local tanto de una persona nacional de otros Estados miembros como nacional de otros estados no miembros, y por ello, tal derecho lo tiene Ofelia Uribe como aspirante del país no comunitario con permiso de residencia en España por lo que debe ser admitida, si cumple con el resto de condiciones, en el proceso de selección convocado por el Ayuntamiento.

## Pregunta 2

En concordancia con lo dispuesto en el Convenio 138 de la OIT, de 1973 (ratificado por España en 1977) sobre la edad mínima de admisión al empleo y en la Directiva 94/33/CE, del Consejo de 22 de junio, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo, el EBEP en su artículo 56.1.c) dispone que para poder participar en los procesos selectivos será necesario, entre otros requisitos, *“tener cumplidos dieciséis años y no exceder, en su caso, de la edad máxima de jubilación forzosa. Sólo por ley podrá establecerse otra edad máxima, distinta de la edad de jubilación forzosa, para el acceso al empleo público”*.

Así, el EBEP redujo la anterior edad mínima exigida para el acceso a los cuerpos de funcionarios anticipándose, en dos años, a la mayoría de edad prevista, con carácter general, en el artículo 12 de la CE y reiterada, en el Estatuto de los Trabajadores, para alcanzar la plena capacidad contractual laboral, si bien coincide con la edad mínima que reconoce la normativa laboral para ser sujeto de una relación por cuenta ajena.

Esta modificación evidencia, de nuevo, la tendencia hacia la unificación de los regímenes jurídicos de todos los empleados públicos. No obstante, debe tenerse presente que tal convergencia produce, a su vez, una consiguiente divergencia con relación a las condiciones de trabajo que se aplican a este colectivo de menores; ya que nuestro Derecho del Trabajo contempla un conjunto de medidas protectoras de los trabajadores por cuenta ajena menores de dieciocho años que acceden a un empleo, también público, y que no son de aplicación, sin embargo, a los menores de edad que se incorporan como funcionarios en la Administración –puesto que, como señala el artículo 7 del EBEP, en lo no dispuesto por esta norma, al personal laboral se le aplica la legislación laboral común–. De manera que los funcionarios mayores de dieciséis años y menores de dieciocho no tendrán derecho, en principio, a que se les apliquen las prohibiciones, de carácter protector, de realizar: determinados trabajos peligrosos, penosos... (art. 6.2 ET), trabajos nocturnos (art. 6.2 ET), horas extraordinarias (art. 6.3 ET), más de ocho horas diarias de trabajo efectivo (art. 34.3 ET), así como de disfrutar de específicos descansos interjornada (art. 34.4 ET) y semanales (art. 37.1 ET).

Por su parte, la edad límite para acceder al empleo público se fija en la edad de jubilación forzosa que, según el artículo 67.3 del EBEP, se declara de oficio a los sesenta y cinco años, para los funcionarios –en los casos que proceda–.

Para el personal laboral, sin embargo, se ha considerado que esta previsión del EBEP no resulta aplicable, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que considera que el establecimiento de la jubilación obligatoria resulta contraria al derecho al trabajo proclamado en el artículo 35 de la CE (SSTC 99/1987, de 11 de junio, 55/1985, de 30 de abril y 341/2006, de 11 de diciembre).

El personal laboral queda sometido a las previsiones que la legislación laboral establezca al respecto que, en esta materia, parte de que no existe una edad de jubilación forzosa de carácter general. En todo caso, la edad de jubilación forzosa puede fijarse en los convenios colectivos, siempre que se cumplan las exigencias de la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores (si el trabajador ha generado derecho de pensión de jubilación en su modalidad contributiva y si tal jubilación se vincula con los objetivos de la política de empleo); de manera que, sólo podrán ser obligados a jubilarse, los trabajadores laborales de la Administración afectados por un convenio colectivo que así lo prevea.

### Pregunta 3

Con carácter general se declara el carácter abierto y la garantía de la libre concurrencia en los procesos de selección, para acceso al empleo público en general –de carácter funcionarial y laboral– descartándose las llamadas pruebas restringidas.

Sin embargo, esta regla general de libre concurrencia se exceptúa, en algunas ocasiones, sobre la base de que, en determinados casos, prima otra finalidad constitucionalmente legítima, siempre que esta sea razonable, proporcionada y no arbitraria a los efectos de la desigualdad de trato.

La primera excepción sería la discriminación positiva que está prevista en el artículo 59 del EBEP y que exige que la Administración reserve el cinco por ciento de las plazas incluidas en la oferta de empleo a personas con discapacidad.

El segundo de los casos en los que el EBEP exceptúa el principio de libre concurrencia hace referencia a la promoción interna de empleados; y la restricción al principio de igualdad en el acceso al empleo se ve justificada por el objetivo al que tal mecanismo responde, cual es la promoción de empleados públicos. Las disposiciones transitorias segunda y cuarta del EBEP recogen respectivamente los dos supuestos de promoción en el empleo público: de un lado, la funcionarización del personal laboral y de otro la consolidación del personal temporal.

La primera habilitación permite que el personal laboral fijo –con lo que quedan al margen de estos procesos los contratados laborales temporales y los indefinidos–, que resulte afectado por la reserva funcionarial del artículo 9.2 del EBEP, acceder a la condición de funcionario a través de su participación en los correspondientes procesos selectivos de promoción interna y del sistema de concurso-oposición. Para acceder a estos procesos deben poseer la titulación y los demás requisitos requeridos y en ellos, además de tenerse en cuenta las pruebas selectivas superadas, puede valorarse como mérito los servicios efectivos prestados como personal laboral fijo.

La segunda habilitación se encuentra referida a la consolidación del empleo temporal de puestos de carácter estructural de los correspondientes Cuerpos, Escalas o Categorías, si están dotadas presupuestariamente y se encuentran desempeñados interina o temporalmente con anterioridad al 1 de enero de 2005. En la fase de concurso, podrá valorarse como mérito los servicios previamente prestados en la Administración y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria.

### Pregunta 4

Cabe destacar que el EBEP parte de diferenciar los sistemas o instrumentos selectivos de personal, según estos correspondan a funcionarios o a laborales. Así, de un lado, los sistemas de selección de funcionarios de carrera siguen siendo los tradicionales de oposición y concurso-oposición. En el sistema de concurso-oposición no se permite que la valoración de los méritos pueda condicionar por sí misma el resultado del proceso (61.3 EBEP).

En ocasiones, el Tribunal Constitucional ha considerado que el tiempo efectivo de servicios en la Administración es un mérito que puede ser reconocido en un proceso de selección y que, como tal, no vulnera el principio de igualdad, sin embargo, ha matizado que tal mérito no puede convertirse en un requisito que impida la posibilidad de acceso de terceros. (SSTC 67/1989, de 18 de abril y otras como 185/1994, de 20 de junio y 73/1998, de 31 de marzo). Así, la prohibición de valoración desproporcionada de méritos recoge esta jurisprudencia con el objeto de impedir el uso fraudulento del concurso-oposición para que, desvirtuando la fase de oposición, quede sólo el concurso como único sistema de valoración. Queda desterrada con esta prohibición la práctica llamada «efecto mochila» que supone que la puntuación obtenida en la fase de concurso pueda aplicarse para superar también los ejercicios de la fase de oposición, puesto que se suma dos veces la puntuación correspondiente a los servicios prestados.

En definitiva, con esta exigencia, la experiencia en puestos de la Administración puede valorarse como mérito, siempre que no resulte determinante del resultado último del proceso; en tal caso, no se consideraría contraria al principio constitucional de igualdad.

Junto al mantenimiento de los sistemas ordinarios de selección, para el personal funcionario, de oposición y concurso oposición, el EBEP introduce una novedad; se permite, como excepción, la posibilidad de recurrir al sistema de concurso pero, para su utilización, se establece reserva de Ley, pretendiendo con ello neutralizar el inferior grado de garantía que este sistema ofrece, de cara al respeto del principio de igualdad. De manera que el concurso, que consiste en la valoración de méritos, puede aplicarse para la selección de funcionarios pero, sólo, si está previsto en una Ley especial.

En cambio, de otro lado, para el personal laboral fijo en la Administración los sistemas de selección previstos son, indistintamente, la oposición, el concurso-oposición y el concurso de valoración de méritos. No se establece, pues, ninguna prioridad entre tales sistemas de selección; pero, desde luego, ello no quiere decir que la Administración Pública goce de total libertad para determinar, en cada caso, el sistema que considere ya que la decisión administrativa quedará condicionada por la elección de aquel que mejor se adapte a la selección de personal para un determinado puesto de trabajo o función. En todo caso, resulta innegable que se establece un sistema más flexible para el personal laboral que para el funcional, lo que resulta especialmente llamativo dada la voluntad uniformadora que parece impregnar todo el Estatuto; por ello, creemos que hubiera sido más coherente con el espíritu del legislador considerar que el concurso para el acceso del personal laboral se encontrara igual de restringido que para el ingreso de los funcionarios.

A diferencia de lo previsto para el personal laboral fijo, no se hace mención en el EBEP a los sistemas de selección del personal laboral temporal.

En todo caso, se entiende que la celeridad requerida en la cobertura de puestos de naturaleza temporal justifica que no resulten adecuados sistemas selectivos demasiado lentos y excesivamente prolongados. Así, para este personal los procesos deben ser ágiles, pero esta exigencia no puede suponer

una disminución de las garantías y la objetividad que son ineludibles puesto que no dejan de ser aplicables los principios de igualdad, mérito y capacidad prevaleciendo incluso sobre la rapidez y la urgencia. La ausencia de un procedimiento regulado expresamente en el EBEP para el personal laboral temporal no significa que este pueda mantenerse al margen de los principios rectores del acceso al empleo público, puesto que les es aplicable el contenido del artículo 55 del EBEP; pero, además, resulta posible incorporar otros criterios procedimentales que permitan, respetando las correspondientes garantías y principios, agilizar los procesos selectivos, como la reducción, en lo posible, de los plazos o la aplicación de una adecuada planificación de recursos humanos, que facilite la provisión de vacantes.

Se ha utilizado, muy frecuentemente, como mecanismo agilizador de los procesos selectivos para este personal, el de las denominadas bolsas de trabajo, que permiten satisfacer las necesidades de la Administración de selección rápida de personal, pero con las que, muy fácilmente, se corre el riesgo de vulnerar los principios constitucionales que presiden el acceso al empleo público. En tal caso, lo más recomendable parece ser asegurar que las bolsas de trabajo se constituyan a partir de procesos selectivos de acceso libre y se integren por aspirantes que no hayan alcanzado la calificación necesaria para alcanzar un puesto que les permita acceder a las plazas convocadas, pero que hayan aprobado el correspondiente ejercicio.

En los casos en los que no pueda acudir por no existir bolsas de trabajo y a la Administración le urja contratar personal, antes de articular cualquier otro sistema de selección que no cumpla con los principios de igualdad, mérito y capacidad, parece más recomendable acudir a los servicios de empresas de trabajo temporal.

### **Pregunta 5**

El EBEP contempla en el apartado 5 del artículo 57 que “*sólo por ley de las Cortes Generales o de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas podrá eximirse del requisito de la nacionalidad por razones de interés general para el acceso a la condición de personal funcionario*”. Esta posibilidad de que por medio de una ley estatal o autonómica, según que el Cuerpo o Escala para el que se apruebe la exención del requisito de nacionalidad española o europea pertenezca a una u otra Administración, puede habilitarse el acceso a determinados empleos de la función pública a ciudadanos de otros Estados no contemplados en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 57 EBEP, ha sido vinculada a la evolución demográfica de nuestro país y al fenómeno de la inmigración, pues no es difícil conjeturar que determinados empleos específicos reservados a funcionarios públicos quizá no puedan ser cubiertos en el futuro con personas de nacionalidad española exclusivamente o con otros ciudadanos europeos, por falta de demanda suficiente.

Así ha sucedido ya con las clases de tropa y marinería del Ejército, cuya Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería permite el acceso a otros nacionales de países que reglamentariamente se determinen de entre aque-

llos que mantienen con España especiales vínculos históricos, culturales y lingüísticos, ni siquiera necesariamente europeos.