

FUNCIONARIOS Y LABORALES (A PROPÓSITO DEL EJERCICIO DE POTESTADES PÚBLICAS EN LA ADMINISTRACIÓN Y DE LA RESERVA FUNCIONARIAL)

Josefa Cantero Martínez
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha
Josefa.Cantero@uclm.es

SUMARIO¹: I. Planteamiento introductorio sobre el propósito de este trabajo. II. La configuración legal del funcionario y del laboral en el EBEP. III. Algunas consideraciones previas sobre las relaciones entre ambos colectivos y sobre las consecuencias jurídicas de su distinción. IV. Los criterios para distinguir el personal funcionarial del laboral: la fijación de una *reserva funcional funcionarial*. 1. El recurso a la técnica de la reserva: ¿los funcionarios como excepción o como regla general? 2. Los problemas que plantea la concreción del ejercicio de potestades públicas en la Administración. 3. La necesidad de recurrir a la concepción comunitaria de “ejercicio de autoridad” como criterio interpretativo de la reserva. 4. Otras implicaciones de la reserva funcionarial. 5. Algunas incoherencias del legislador que dificultan el trazo de la línea divisoria entre ambas figuras. 6. Unas pautas orientadoras para el legislador de desarrollo y para el gestor del personal. V. A modo de conclusión.

I. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO SOBRE EL PROPÓSITO DE ESTE TRABAJO

El Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril) ha configurado el empleo laboral en la Administración como un modelo paralelo al funcionarial al permitir su coexistencia en unos términos tan confusos que, tal como ha señalado PARADA VÁZQUEZ, no tiene parangón en el Derecho comparado². Ante dicha situación, el objeto de este trabajo es analizar el nuevo marco de relaciones entre el personal laboral y el personal funcionarial que se puede derivar del Estatuto, toda vez que ello nos permitirá realizar un primer acercamiento respecto de los criterios que se pueden utilizar para el deslinde de ambas figuras.

Veremos que una de las principales novedades que aporta el Estatuto viene dada por la instauración de una “*reserva funcional funcionarial*”. Las funciones que implican el ejercicio de autoridad y la salvaguarda de intereses generales del Estado o de las Administraciones Públicas deben ser forzosamente realizadas por aquellos empleados que tengan la consideración de funcionarios y que además posean la nacionalidad española. A partir de aquí son varios los escenarios que deben ser tratados para intentar realizar una composición de este complejo entramado de relaciones entre los funcionarios y los laborales. En primer lugar, resulta obligado realizar un breve recorrido histórico para entender la aparición misma de un régimen funcionarial y el

¹ Texto escrito de la ponencia presentada en el VI Congreso Internacional sobre Gestión de Recursos Humanos en la Administración Pública, celebrado en Vitoria los días 9, 10 y 11 de junio de 2010.

² PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho del empleo público. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 61 y ss.

fenómeno de la dualidad de regímenes jurídicos para el personal que presta sus servicios en la Administración. Este punto de partida nos permitirá explicar algunas de las más importantes novedades que ha aportado el Estatuto Básico en esta materia: publicación o administrativización del régimen aplicable al personal laboral y configuración para ellos de una relación laboral de carácter especial, al menos desde un punto de vista sustancial. Con ello se pretende resaltar una idea básica que debe tenerse muy presente a la hora de tratar la cuestión relativa al trazo de la línea divisoria entre funcionarios y laborales. Y es que hoy en día se ha producido un importante grado de acercamiento entre ambos regímenes jurídicos y, sobre todo, una administrativización del régimen aplicable al personal laboral, lo que supone que se han difuminado significativamente las consecuencias que, tanto para el empleado como para la Administración, se derivan de poseer una u otra naturaleza jurídica.

Después analizaremos los criterios que expresamente prevé el Estatuto para trazar las fronteras entre ambas categorías de personal y, en su caso, aquéllos que implícitamente podrían derivarse de su articulado. A mi juicio, ello debe ser completado necesariamente con el marco previsto en el artículo 103.3 de nuestra Constitución y, sobre todo, con la interpretación que del mismo ha realizado la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, principalmente en sus Sentencias 99/1987 y 37/2002.

II. LA CONFIGURACIÓN LEGAL DEL FUNCIONARIO Y DEL LABORAL EN EL EBEP

Una de las principales aportaciones del Estatuto en esta materia viene dada precisamente por el intento de organización y sistematización de la tipología del personal, toda vez que la regulación contemplada en la Ley de Funcionarios Civiles de 1964 había quedado ciertamente desfasada en sus definiciones, sobre todo respecto del personal laboral. Recordemos que el artículo 7 de dicha norma se limitaba meramente a dar cobertura jurídica a la posibilidad de que la Administración recurriera al personal laboral, siempre que contara, claro está, con la correspondiente autorización reglamentaria. Sin embargo, no fijaba ninguna definición ni contemplaba ningún criterio orientador para la contratación.

El Estatuto define a los funcionarios de carrera como aquellos empleados que en virtud de un nombramiento legal están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente. Hasta aquí el concepto no añade nada nuevo respecto de la anterior regulación. Se limita a reproducir en una mixtura las notas características de esta figura establecidas por la Ley de funcionarios de 1964 en su artículo 1, al referirse al concepto de funcionario, y en su artículo 4 al definir al funcionario de carrera. Estas notas básicas definidoras de la figura funcional son ahora, al igual que antaño, las del nombramiento legal, la permanencia en la Administración y las retribuciones con cargo a fondos públicos.

Ya no se hace referencia explícita a la necesaria procedencia de las retribuciones de los Presupuestos Generales del Estado, dado los distintos niveles de Administración territorial a los que pueden pertenecer los funcionarios, ni mención explícita a la incorporación del funcionario a las correspondientes plantillas de personal. Ello resulta coherente con la libertad que el Estatuto concede a las Administraciones para estructurar

y ordenar los puestos de trabajo a través de las correspondientes relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares que puedan establecerse.

Por lo que respecta al personal laboral de la Administración, el Estatuto aporta importantísimas novedades. Configura una relación laboral de carácter especial para esta modalidad de empleados públicos, que tendrán como fuente primordial de su régimen jurídico las múltiples normas del Estatuto que les resulten aplicables. En lo no previsto en el mismo, se someterán a las condiciones previstas en la legislación laboral y en los correspondientes convenios colectivos que les sean de aplicación (art. 1.2 del Estatuto en relación con lo previsto en su art. 7). En este caso, el dato básico para establecer la distinción entre la relación funcionarial y la laboral viene dado por la naturaleza bilateral que posee esta última modalidad. Mientras que el funcionario se vincula a la Administración en virtud del nombramiento, esto es, de un típico acto administrativo de naturaleza unilateral, el personal laboral se vincula a ésta en virtud de un acto de naturaleza bilateral como es el contrato de trabajo. A partir de ahí se define al personal laboral como aquel empleado público que en virtud de un contrato de trabajo formalizado por escrito presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. El contrato puede revestir cualquiera de las modalidades contractuales previstas en la legislación laboral vigente y puede ser temporal, fijo o indefinido en virtud de la duración del contrato suscrito. Si a ello añadimos que el artículo 14 del Estatuto sólo atribuye el derecho –o privilegio- a la inamovilidad para el personal funcionarial, podemos decir que desde un punto de vista formal, el acto del nombramiento y la inamovilidad son las dos grandes notas básicas que configuran el régimen del funcionario público y que nos permiten distinguirlo del contratado laboral de la Administración. La sumisión a normas públicas o de Derecho Administrativo que antes –y también ahora, pero con distinta intensidad- nos permitía distinguir a ambas modalidades de personal ha perdido parte de su relevancia como criterio distintivo, toda vez que el régimen aplicable al personal laboral también se ha visto parcialmente administrativizado y sometido a normas de Derecho Público (las contempladas en el propio EBEP).

En todo caso, puede decirse que una vez que se ha configurado el vínculo con la Administración resulta fácil establecer las diferencias entre ambas figuras. Los funcionarios se vinculan en virtud del nombramiento, se les aplica el Derecho Administrativo y son inamovibles en el cargo (que no en el puesto). Los laborales se vinculan mediante un contrato, no disfrutan del privilegio de la inamovilidad y se les aplica su propio sistema de fuentes. El problema se plantea respecto del momento previo al establecimiento y formalización de la relación. ¿Qué diferencia desde el punto de vista sustancial o material a ambas figuras? O, formulado en otros términos, ¿qué criterios se han de seguir para establecer que determinadas funciones y tareas han de ser desarrolladas por uno u otro tipo de personal? Después nos ocuparemos de ello.

Determinar la futura extensión de este colectivo en la Administración o las funciones concretas que podrá realizar a día de hoy es una incógnita pues depende por completo del legislador de desarrollo. Siguiendo la doctrina establecida en la Sentencia del Tribunal 99/1987, de 11 de junio³, se sigue manteniendo una reserva de ley para la concreción de los criterios de determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral. Una vez respetada la reserva mínima de funciones a

³ Reiterada posteriormente, entre otras, en la STC 235/2000, de 5 de octubre y en la 37/2002, de 14 de febrero.

quienes ostenten la condición de funcionarios que establece el artículo 9.2, serán después las leyes que elaboren las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y la Ley de las Cortes Generales para el ámbito de la Administración General del Estado las que abran o reduzcan el abanico laboralizador en sus respectivos ámbitos. Los empleados laborales que estén desempeñando funciones que hayan sido reservadas a quienes estén sujetos a una relación estatutaria funcionarial quedarán sometidos al régimen previsto en la Disposición Transitoria Segunda, que habilita para el inicio de procesos de funcionarización de este personal.

III. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LAS RELACIONES ENTRE AMBOS COLECTIVOS Y SOBRE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE SU DISTINCIÓN

Hecha esta breve introducción sobre la definición legal de estas dos categorías de empleados públicos, pretendo centrarme en la complicada cuestión de las relaciones entre el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo para ver cómo afronta el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público la cuestión relativa a las relaciones entre el colectivo de los laborales y el colectivo de los funcionarios en la Administración. Veremos que en los últimos años se ha producido un importante grado de aproximación entre ellos. Si en sus orígenes el personal laboral se sometía a sus propias fuentes y a un régimen jurídico completamente distinto del aplicable al personal funcionarial, hoy en día se ha producido un importante grado de acercamiento y de osmosis entre ambos regímenes, lo que contribuye a debilitar sensiblemente las consecuencias jurídicas que se derivan del sometimiento a uno u otro régimen y que en otros momentos históricos fueron ciertamente decisivas.

En este sentido podríamos decir que el EBEP ha supuesto el espaldarazo definitivo a esta tendencia al establecer importantes modificaciones respecto de la situación previgente. Por una parte, ha configurado una verdadera relación laboral de carácter especial para el personal vinculado a la Administración en virtud de un contrato de trabajo. Por otra, ha instaurado y consolidado un nuevo concepto, el de “empleado público”, para referirse de forma global a todo el personal que presta sus servicios en una Administración Pública, con independencia de la naturaleza del vínculo que les une con la Administración. El empleo de esta técnica va a permitir aplicar directamente a ambos colectivos el mismo régimen jurídico en determinadas materias.

El Estatuto, efectivamente, parte de una visión integral del empleo en la Administración y contempla de igual forma las normas especiales que han de resultar también aplicables al personal laboral de la Administración. Así lo establece de una forma muy clara y contundente, por si alguna duda quedaba al respecto, en su artículo 1.2. Tras delimitar el objeto de regulación del Estatuto: establecimiento de las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, amplía considerablemente su objeto a la “determinación de las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”.

Ello tendrá después su reflejo en la determinación de las fuentes reguladoras del empleo laboral en la Administración que realiza el art. 7, que establece que “el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este

Estatuto que así lo dispongan”. Se recogen en el nuevo Estatuto las normas especiales, distintas por tanto de las previstas en el Estatuto de los Trabajadores, que se han de aplicar a los contratados laborales de la Administración. Lo novedoso no es su contenido, pues estas especialidades ya existían, bien porque habían sido así recogidas por el legislador en distintas normas funcionariales, bien porque habían sido establecidas por la jurisprudencia. Lo novedoso es que ahora se sistematicen y se recojan en el nuevo texto básico que, además, estaba pensado –al menos inicialmente– para los funcionarios públicos.

La nueva norma no se limita, pues, a ser el estatuto de los funcionarios públicos, sino que va más allá y se enarbola como el estatuto de todos los empleados públicos en su conjunto, concepto éste que integra también al personal vinculado a la Administración en virtud de un contrato de trabajo. Todo aquello que debe ser común a cualquier empleado que preste sus servicios en una Administración Pública, con independencia de la naturaleza laboral o funcionarial del vínculo que mantiene con la Administración, pasa a configurarse como objeto del Estatuto.

Se trata de una solución muy razonable de cuya necesidad ya había alertado la doctrina. En los últimos años, efectivamente, la propia realidad de los hechos se ha encargado de demostrar que el Derecho de la Función pública y el Derecho Laboral no pueden permanecer como compartimentos estancos, sino que cada uno de estas ramas jurídicas ha ido progresivamente incorporando algunas de las ventajas típicas de la otra hasta confluir en un solo texto contenedor de todas estas especialidades.

Hasta el año 1964 puede decirse que existía un monopolio funcionarial en la Administración. Todo el personal que prestaba sus servicios en la Administración tenía la condición de funcionario público, esto es, estaba sometido a un régimen jurídico objetivo predeterminado en todo momento por normas de carácter unilateral, esto es, por leyes y reglamentos administrativos. El cambio se produjo con la entrada en vigor de la Ley de funcionarios civiles del Estado de 1964, que permitió por vez primera la contratación de personal laboral y además con carácter discrecional, toda vez que su artículo 7 sólo preveía para su contratación la previa autorización reglamentaria. Sin embargo, la experiencia durante estos años ha puesto de manifiesto que resulta completamente imposible una total aplicación de las normas privadas en el ámbito del empleo público. La naturaleza pública de la Administración y su servicio a los intereses generales han impedido asimilar la figura de la Administración a la de cualquier empresario privado. Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad han justificado una modulación –a veces inaplicación– de diversos preceptos del Estatuto de los Trabajadores.

Efectivamente, los principios constitucionales mencionados y el propio estatus constitucional de que disfruta la Administración se han traducido en una atracción de la normativa laboral hacia el ámbito de lo público y en una regulación unitaria, y en ocasiones paralela, de ambas modalidades de personal. Esto es lo que ha ocurrido, por ejemplo, en materia de acceso a la Administración; ámbito en el que el legislador se vio ya obligado a introducir exactamente los mismos procedimientos para la selección del personal, con total independencia de la naturaleza de su vínculo con la Administración. Lo mismo ha ocurrido en materia de incompatibilidades, aunque esta vez ha sido el principio de eficacia de la actuación administrativa el que ha justificado la introducción del mismo

régimen jurídico para todo el personal de la Administración, o en materia de prevención de riesgos laborales, por citar tan sólo algunos ejemplos.

Otras veces ha sido la propia naturaleza de los fondos con que se gestiona el empleo público y la función de dirección de la actividad económica del Estado (art. 149.1.13 de la Constitución) lo que ha motivado la inaplicación del Derecho Laboral en este ámbito. Al provenir el dinero de los presupuestos públicos y al tener atribuidas las Cortes Generales la potestad soberana para aprobar las distintas partidas presupuestarias, ha sido necesario fijar unos topes máximos salariales también para la negociación colectiva, así como el establecimiento de un procedimiento de naturaleza pública plagado de controles y autorizaciones gubernativas que son absolutamente desconocidos en el ámbito de las relaciones laborales.

Más problemática, sin embargo, ha sido la creación jurisprudencial de estas especialidades, tal como ha ocurrido en materia de contratación temporal irregular. En este caso, los principios constitucionales relativos al acceso a la Administración han impedido que en el supuesto de contratación temporal irregular el contrato pudiera convertirse en fijo de plantilla, tal como sanciona el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, o que en aquellos supuestos en los que el despido fuera declarado nulo o improcedente, pudiera producirse la reincorporación del trabajador a la Administración y la adquisición de la condición de fijo de plantilla, tal como disponen los artículos 55 y 56 del Estatuto de los Trabajadores, o que se establezcan también peculiaridades en los supuestos en que la Administración ejercita su *ius variandi* y atribuye al trabajador funciones de categoría superior.

Estas especialidades, sin embargo, planteaban importantes problemas de legitimación. Todas ellas estaban siendo introducidas por obra de la jurisprudencia y, hasta el momento, sin ningún apoyo legislativo. A mi juicio, ello podía provocar un serio problema de compatibilidad con el principio de legalidad, que en este caso y tal como disponía el artículo 7 de la Ley de Funcionarios de 1964, exigía que la Administración se sometiera íntegramente al Derecho Laboral cuando actuaba como empresario y celebrara un contrato de trabajo. Por otro lado, y lo que podía resultar todavía más comprometido, estas especialidades estaban motivando la aparición de una relación de trabajo especial *parestatutaria* para el personal laboral de la Administración, un nuevo régimen jurídico mixto para sus trabajadores, a caballo entre la normas administrativas y las normas laborales, que no tenía ninguna expresa previsión normativa y que se caracterizaba por el sometimiento del trabajador de la Administración al Derecho Laboral y, en buena parte, también al Derecho Público.

Pues bien, a mi juicio, ésta es una de las principales aportaciones del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público: dar cobertura legal a esta relación laboral de carácter especial que se había venido paulatinamente forjando durante todos estos años. El Estatuto se erige como principal fuente del derecho para el personal laboral. Sólo en lo no dispuesto en el Estatuto básico, que regula las especialidades del empleo público en la Administración y configura lo que podría denominarse una “relación laboral especial”, habrá de aplicarse la legislación laboral común y su propio sistema de fuentes.

En definitiva, pues, la experiencia nos ha mostrado que ni siquiera para el personal laboral es constitucionalmente posible una aplicación íntegra del Derecho del Trabajo en la

Administración. Necesariamente tienen que existir determinadas especialidades que justifican perfectamente la inserción de normas de Derecho Público en este ámbito. Ello ha sido razón de suficiente peso para que en estos años el legislador haya considerado oportuno regular de forma paralela y en un mismo texto legal importantes aspectos de su régimen jurídico.

Ahora bien, la constatación de esta realidad no sería suficiente para explicar la decisión del legislador estatutario de avanzar hacia el establecimiento de una categoría única de empleados públicos. Esto sólo nos explica que se haya reconocido expresamente la relación laboral para este tipo de empleados. El que se haya dado un paso más y se haya optado finalmente por una regulación conjunta de funcionarios y laborales sólo resulta entendible si se tienen en cuenta los trascendentales cambios que de forma paralela se estaban produciendo en el régimen funcionarial. Se ha producido una tendencia hacia la laboralización de la función pública, que se ve reflejada, ya no sólo en la incorporación a la Administración de personal laboral, sino en la adopción en el régimen estatutario de instituciones procedentes del ámbito laboral que han ocasionado una profunda desvirtuación de los postulados teóricos de la relación estatutaria. El reconocimiento a los funcionarios del derecho fundamental de sindicación desde el propio Texto Constitucional, y de los derechos de huelga y de negociación colectiva en los textos legales, suponía un auténtico revés para la concepción clásica estatutaria y las bases ideológicas, que no sólo la habían sustentado, sino que habían permitido además justificar el sometimiento de los funcionarios a un régimen jurídico particular completamente distinto del aplicable en el ámbito privado.

Pues bien, visto que el régimen funcionarial tiende a laboralizarse y comprobado que el régimen laboral aplicable a la Administración propende a administrativizarse, parecía lógica la confluencia de estos dos procesos en un estatuto único, que es lo que ha venido a hacer el nuevo Estatuto Básico.

Ante este panorama, no tendría sentido, pues, seguir distinguiendo entre funcionarios y laborales para referirse al personal de la Administración y al vínculo que los une con ésta como si de dos realidades completamente diferentes se tratara. Lo razonable y lo práctico, por el contrario, es seguir avanzando en esa tendencia hacia la regulación conjunta de las condiciones de trabajo y, en consecuencia, hacia el establecimiento de una única categoría general de empleados públicos para que, a partir de la misma, puedan después individualizarse aquellos aspectos del régimen jurídico de cada una de estas modalidades de personal, en atención fundamentalmente al distinto encuadre constitucional que posee cada una de ellas: el artículo 103.3 para los funcionarios públicos y el artículo 35.2 para los trabajadores de la Administración, ambos sometidos a reserva de ley y a la competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.18 y 149.1.7), aunque con distinto alcance⁴.

Y esta es la idea básica que ha trascendido al nuevo Estatuto Básico, que en vez de utilizar la técnica de extender al personal laboral importantes aspectos del régimen jurídico funcionarial, tal como hasta ahora venía realizando el legislador, ha decidido cimentar un

⁴ Para profundizar, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “Objeto y ámbito de aplicación”, en la obra colectiva dirigida por el mismo autor, titulada *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007, págs. 50 y ss.; CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, “Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en *Estatuto Básico del Empleado Público*, obra colectiva dirigida por Luis ORTEGA ÁLVAREZ, El Consultor, La Ley, 2007, págs. 50 y ss;

nuevo concepto, el de empleado público, para referirse de forma global a todos aquellos empleados que desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales (art. 8 del Estatuto): al funcionario de carrera, a los funcionarios interinos, al personal laboral y al personal eventual. Esta técnica y este nuevo concepto va a permitir someter a todos ellos al mismo régimen en aspectos esenciales de su régimen jurídico como ocurre, por ejemplo, en materia de acceso a la Administración, con los deberes, principios éticos y código de conducta, con el régimen de responsabilidad disciplinaria o con los derechos individuales, salvo en el reconocimiento del derecho a la inamovilidad en la condición de funcionario, que queda reservado exclusivamente a los funcionarios públicos.

IV. LOS CRITERIOS PARA DINTINGUIR EL PERSONAL FUNCIONARIAL DEL LABORAL: LA FIJACIÓN DE UNA *RESERVA FUNCIONAL FUNCIONARIAL*

Llegados a este punto podemos plantearnos cómo afronta el estatuto la distinción entre ambas naturalezas, la funcionarial y la laboral porque, tal como acabamos de decir, a pesar del tratamiento conjunto y unitario que del empleado público se hace en el Estatuto, después cada una de estas categorías de personal contiene sus propias especialidades, su propio régimen y se somete a Jurisdicciones diferentes. El Estatuto ha establecido importantes novedades en esta materia. Sin embargo, la delimitación entre los puestos de trabajo que han de ser desarrollados por los funcionarios y los que pueden serlo por el personal laboral, no está exenta de problemas jurídicos y de dificultades prácticas.

El aspecto más novedoso del Estatuto en esta materia viene dado, sin duda, por el establecimiento de una reserva expresa de funciones para el colectivo funcionarial. El párrafo segundo de su artículo 9 reserva en exclusiva a los funcionarios públicos el ejercicio de funciones “que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas” en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca. Nos encontramos, tal como puede apreciarse, ante un concepto jurídico indeterminado cuya concreción final se deja depender del desarrollo legal que posteriormente se realice para cada ámbito territorial, lo que puede plantear importantes problemas, no sólo teóricos, sino prácticos. Como ha destacado FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA, el legislador estatal se limita a cumplir con el requisito de la reserva de ley en esta materia, pero no remata la faena, pues no define ni concreta qué tipo de actividades se encuentran incluidas en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguardia de intereses generales⁵.

1. EL RECURSO A LA TÉCNICA DE LA RESERVA: ¿LOS FUNCIONARIOS COMO EXCEPCIÓN O COMO REGLA GENERAL?

⁵ FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA, Jorge, “El Estatuto Básico del Empleado Público y la regulación de las funciones reservadas al funcionario público”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 139, 2008, pág. 490. El autor considera más razonable que hubiera sido el propio legislador básico estatutario quien hubiera regulado los términos y criterios posibilitadores de la distinción entre ambos colectivos de personal.

El establecimiento de una reserva de funciones es algo ajeno a nuestra tradición funcionarial, al menos su establecimiento en términos tan explícitos, por la simple razón que siempre ha sido la regla general. Así lo interpretó tempranamente la STC 99/1987, de 11 de junio, aunque omitió fijar criterios materiales o principios jurídicos que explicaran cuál debía ser la distinción esencial entre la posición jurídica del personal laboral y la del funcionario público⁶. Recordemos que la redacción originaria del artículo 15 de la Ley de Medidas fue impugnada ante este Tribunal porque atribuía a la Administración la función de especificar “aquellos puestos que, en atención a la naturaleza de su contenido, se reservan a funcionarios”. Aunque la anulación de la redacción de este precepto fue por la existencia de una reserva de ley en esta materia, que el nuevo Estatuto respeta por completo, no hemos de olvidar que en la misma Sentencia, en su fundamento 3.c), reconoció el Tribunal que “*habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario, con carácter general para los servidores públicos, habrá de ser también la ley la que determine en qué casos y con qué condiciones puedan reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración Pública*”. La opción genérica por el régimen estatutario resulta dificultosamente compatible con el establecimiento de una reserva, aunque sólo lo sea a efectos meramente teóricos y terminológicos.

Únicamente en el ámbito local existía ciertamente una reserva expresa para el ejercicio de funciones en el artículo 92 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local. Según dicho precepto, quedaban reservadas exclusivamente al personal sujeto al estatuto funcionarial, las funciones que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería y, en general, aquellas que en desarrollo de la presente ley se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de su función.

Para los demás ámbitos territoriales y funcionales, sólo indirectamente y a través de indicios podíamos concluir la necesidad de que determinados tipos de tareas debieran ser desarrolladas por funcionarios. Así podría deducirse, por ejemplo, de la prohibición establecida para las sociedades mercantiles y para las fundaciones del sector público, que se nutren íntegramente de personal laboral, de ejercitar potestades públicas o funciones que impliquen ejercicio de autoridad. Sin embargo, no existe un precepto similar que establezca la necesaria identificación entre potestades públicas y su ejercicio por funcionarios públicos. Lo más aproximado es el establecimiento de previsiones explícitas que someten el ejercicio de este tipo de potestades al Derecho Administrativo. Buena prueba de ello la encontramos en el ámbito de la Administración instrumental, donde existen numerosos organismos autónomos, entidades públicas empresariales, algunas de las nuevas agencias públicas y la mayor parte de entidades sometidas a su especial régimen jurídico, los denominados organismos reguladores, que ejercitan importantes funciones públicas para las cuales únicamente existe la garantía de sometimiento al Derecho Administrativo en su ejercicio, pero no se reservan a sus

⁶ Véase al respecto a SÁINZ MORENO, Fernando, “Estatuto de la Función Pública después de la STC 99/87 y la Ley 23/88”, *Revista de Administración Pública*, nº 177, 1988, págs. 361 y ss.; CÁMARA DEL PORTILLO, Diego, “La Función Pública ante el Tribunal Constitucional: una oportunidad perdida. Comentario a la STC 99/1987, de 11 de junio”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 57, 1988, págs. 101 y ss.

funcionarios. Ello lleva a que en la práctica no sea del todo inusual el ejercicio de las mismas por personal contratado laboral.

Mayor grado de aproximación implícita a esta reserva podíamos encontrar en la letra c) del artículo 15 de la Ley de Medidas, con las reformas introducidas por la Ley 23/1988 a raíz de la Sentencia del Tribunal constitucional 99/1987, de 11 de junio. En definitiva, el artículo 15 se limita a establecer que, con carácter general, los puestos de trabajo en la Administración del Estado y sus organismos autónomos, así como los de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, serían desempeñados por funcionarios públicos. Siendo ésta la regla general de ocupación de puestos en la Administración, se contemplaba expresamente un listado de puestos que pueden ser desempeñados por personal laboral. A partir de tal listado -y por exclusión- podía implícitamente colegirse que el ejercicio de potestades públicas y la salvaguardia del interés general debían corresponder necesariamente a personal funcional.

Pero ello, como digo, sólo se podía deducir del análisis del listado de funciones y tampoco puede decirse que resultara concluyente en la medida en que esta norma no tenía carácter básico y cada Comunidad Autónoma podía mediante una Ley adoptar otros criterios diferentes. La única exigencia era, por tanto, que la ocupación de puestos por personal que no tuviera la condición de funcionario se realizara a través de una ley, ya fuera ésta estatal o autonómica. A partir de ahí, y con la correspondiente habilitación legal, nada impedía que potestades públicas pudieran ser ejercidas por personal laboral tal como, por otra parte, sucede en el ámbito de algunas entidades públicas empresariales o agencias públicas y en la mayor parte de los entes que conforman la denominada Administración independiente.

Ahora, sin embargo, podría dar la impresión de que se ha alterado la regla general. Esto es, de que la regla general debe (o puede) ser la del personal laboral y la excepción, lo que se reserva, la del personal funcional. A nuestro juicio, sin embargo, nada habría cambiado respecto de la situación previgente toda vez que, como acabamos de apuntar, la opción o preferencia con carácter general por el régimen funcional es algo que se deriva directamente de nuestro marco constitucional, de la mención al régimen estatutario que realiza el art. 103.3 de nuestra Norma Magna, y así lo ha interpretado hasta ahora nuestro Tribunal Constitucional. Como en el siguiente epígrafe veremos, el EBEP reserva las funciones de autoridad a los funcionarios de nacionalidad española como núcleo mínimo e indisponible para el legislador de desarrollo, pero esto no significa, en modo alguno, que salvado este mínimo, el resto de funciones deba ser desarrollado por laborales, aunque podrían serlo si así lo decidiera específicamente el legislador de desarrollo.

Es más, podría decirse que en el articulado del Estatuto existen algunos indicios indicativos de cierta preferencia por el régimen funcional. Así se deriva, en primer lugar, de la propia Exposición de Motivos de la Ley, donde se explicita que el régimen laboral no puede ser por imperativo constitucional el régimen general de empleo público en nuestro país ni existen razones que justifiquen hoy una extensión relevante de la contratación laboral en el sector público. En segundo lugar, a diferencia de lo que ocurría con el modelo establecido en el art. 15 de la Ley de Medidas, el Estatuto ha querido limitar el ámbito de la laboralización pues, al carecer dicho precepto del carácter de norma básica, cada legislador autonómico podía determinar con absoluta libertad los puestos que podían ser ocupados a través de un contrato de trabajo. Desde

esta perspectiva no puede negarse que el Estatuto limita considerablemente el marco de libertad del legislador de desarrollo que, como mínimo, deberá reservar las funciones de autoridad a sus funcionarios. En tercer lugar, realiza una configuración bastante más amplia y flexible del interinaje, que podrá asumir algunos de los supuestos que hasta ahora se reconducían a la contratación laboral temporal.

La nueva regulación del funcionario interino, efectivamente, es más detallada y precisa que la prevista en el artículo 5 de la Ley de funcionarios de 1964, con las sucesivas modificaciones de que ha sido objeto a lo largo de estos años. A la vez que se amplía la cobertura legal de la Administración para el recurso a esta figura, se produce un cambio de técnica en su regulación. Mientras que antes sólo se contemplaban de forma expresa los motivos del cese de los interinos, ahora lo que se hace es causalizar su nombramiento, lo que es previsible que contribuya a introducir mayores dosis de seguridad jurídica en el acceso y cese de esta figura. El hecho de exigir la concurrencia de una causa precisa para la utilización del interinaje no deja de ser una traslación al ámbito funcional de técnicas previstas para la contratación temporal en el ámbito laboral, pero que ahora adquiere una especial significación en virtud de la reserva de determinadas funciones a los funcionarios públicos que contempla el artículo 9.2 del Estatuto. Es previsible que la importante extensión que se ha hecho de esta figura contribuya considerablemente a reducir la contratación laboral temporal en la Administración.

2. LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA LA CONCRECIÓN DEL EJERCICIO DE POTESTADES PÚBLICAS EN LA ADMINISTRACIÓN

La reserva funcional funcional plantea importantes problemas teóricos y prácticos para su concreción, toda vez que no existe ninguna definición legal de lo que haya de entenderse por potestades públicas ni por salvaguardia de intereses generales. Es más, por su propia definición habría que entender que toda función que realiza una Administración Pública y, por tanto, cualquiera de sus empleados, tiene por objeto la salvaguarda del interés general. La Constitución así lo dispone claramente al fijar el objetivo de nuestras Administraciones Públicas en su artículo 103.1: *“la Administración sirve con objetividad los intereses generales”*. En definitiva, pues, la salvaguarda de intereses generales del Estado o de la Administración no nos aporta ningún criterio sustantivo para afrontar la distinción entre funcionarios y laborales. Mayores problemas plantea incluso la cláusula relativa al ejercicio de potestades públicas, al ejercicio de autoridad. En nuestro Derecho positivo no existe ninguna definición de lo que haya de entenderse por ejercicio de potestades públicas, aunque se intuye que debe tratarse de una categoría específica de funciones públicas, de funciones reservadas al poder público como parte de su núcleo duro e irreductible, de su propia autoridad pública y, por consiguiente, irrenunciables e indisponibles⁷.

⁷ SAINZ MORENO, Fernando, “Ejercicio privado de funciones públicas”, *RAP*, nº 100-102, enero-diciembre de 1983, págs. 1778 y 1779, ya advirtió que aunque la expresión “función pública” resulta difícil definirla, se utiliza para designar ciertas actividades que gozan de una especial eficacia reconocida por el Derecho o que se ejercitan haciendo uso de potestades que, en principio, sólo corresponden a los poderes públicos como pueden ser, por ejemplo, las funciones de dar fe con presunción de verdad, ejercer la autoridad, imponer correctivos o sanciones, ejercer la potestad arbitral, contribuir a la formación de los precios de contratación.

Este intento de dividir o de clasificar la actividad de la Administración en virtud de la naturaleza de las funciones que realiza resulta ciertamente bastante complejo y recuerda a la polémica doctrinal que tuvo lugar en Francia a finales del siglo XIX, cuando se intentó presentar como una manifestación de la clásica distinción entre actos de gestión y los actos del poder público⁸. Según esta elaboración doctrinal, que tiene su origen en la obra de 1887 de LAFERRIERE, todo el Derecho administrativo se encontraría partido en dos grandes ramas fundamentales, la pública y la privada, de tal manera que toda actuación administrativa podría ser sometida o bien a reglas de Derecho público o bien a reglas de Derecho privado. La Administración tendría una doble misión. Por una parte, "la Administración está encargada de velar por la riqueza pública y su empleo, asegurar la percepción de los ingresos de toda clase y su aplicación a los servicios públicos. Los actos que realizan para cumplir esta misión se llaman actos de gestión. Pero, por otro lado, la Administración es depositaria de una parte de autoridad, de poder, que es uno de los atributos del poder ejecutivo. Está encargada de hacer cumplir las leyes, de regular la marcha de los servicios públicos, de procurar a los ciudadanos las ventajas de una buena policía. La Administración actúa en este sentido como autoridad, como poder y los actos que realiza son actos de mando o de poder público⁹".

La extrapolación de esta doctrina al ámbito de la función pública se concretó en la distinción entre los funcionarios de gestión y los funcionarios de autoridad. Según BERTHÉLEMY, los funcionarios que realizan actos de autoridad son nombrados a través de un acto unilateral del poder público; por ello, no podrían formar sindicatos o asociaciones profesionales ni declararse en huelga. Los funcionarios que no realizan más que actos de gestión, son los denominados funcionarios de gestión, que están en la misma situación que los agentes o empleados privados. Estarían ligados a la Administración a través de un verdadero contrato; podrían declararse en huelga y formar sindicatos en la medida en que realizan actos que permiten asimilarlos a los obreros o empleados de la industria privada¹⁰.

Los llamados funcionarios de gestión serían, pues, aquéllos que, tal como su propio nombre indica, se dedican a gestionar los intereses del Estado como persona física. Según esta filosofía, cuando el órgano del Estado elige a un agente para que gestione sus intereses está realizando un acto de mera gestión y actuando como lo haría cualquier otra persona jurídica o cualquier empresario privado. La relación que se crea en este caso entre el funcionario y la Administración sería simplemente una relación de gestión, perfectamente sometible al Derecho común. Al ser el principio de igualdad el que en el ámbito de la gestión rige las relaciones entre las partes y al tener éstas como base un contrato, correspondería por completo al Derecho privado la regulación de las mismas¹¹. Esta modalidad funcional se caracterizaría básicamente y en esencia por no gozar de ninguna porción del poder público. Simplemente prestarían sus servicios al Estado de la misma manera que cualquier trabajador privado lo haría para su empresario.

⁸ Véase entre otros a GAUTIER, *Précis des matières administratives*, 1880, t. II, pág. 192; DARESTE, *La justice administrative en France*, 1ª edición, 1862, pág. 222; DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, 6ª edición, 1881, t. 1, pág. 208.

⁹ LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2ª edición, París, 1896, págs. 186, 187 y 479.

¹⁰ BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de Droit administratif*, séptima edición, 1912, pág. 138.

¹¹ NÉZARD, Henry, *Op. cit.*, pág. 461 y ss.

Los llamados funcionarios de autoridad, por el contrario, serían aquéllos que encarnan el poder público, aquéllos que realizan las funciones más esenciales del Estado. Cuando un órgano del Estado elige a un agente para ejercer estas funciones de mando y autoridad sobre el resto de ciudadanos se entiende que está realizando un acto de autoridad y que la relación que se establece entonces entre el funcionario de autoridad y el poder público es una relación legal, de naturaleza completamente distinta a la anterior. Toda la regulación de la relación que se instaura entre la Administración y su funcionario correspondería al Derecho público. Estas relaciones de poder público, además, se caracterizarían por ser relaciones unilaterales y de subordinación puesto que, de la misma manera que estos funcionarios impondrían su voluntad a los ciudadanos, los órganos superiores del Estado impondrían la suya a los órganos inferiores, sin otro límite que el principio de legalidad. Además, en la medida en que ellos mismos encarnan el poder público, resultaría incoherente pensar siquiera que los funcionarios pudieran tener intereses contrapuestos a los de su empleador, pues forman parte de los órganos del Estado, de la misma manera que los ojos o las manos forman parte de una persona física, como se diría en la teoría organicista, formulada por Otto GIERKE. Ello es, precisamente, la razón por la que estos funcionarios públicos se encuentran respecto de la Administración en una situación de dependencia y tienen, en definitiva, una relación de carácter legal y reglamentaria.

Con esta doctrina básicamente se pretendían explicar las diferencias jurídicas tan importantes que en ese momento se estaban empezando a gestar entre los funcionarios y el resto de agentes o contratados laborales y que básicamente se centraban en la negación a aquéllos de los derechos de naturaleza colectiva. Obviamente, trasladar esta teoría a la situación actual resulta completamente anacrónica y carente de sentido. Aunque todavía se mantienen algunos elementos de esta doctrina, como la distinción entre el nombramiento y el contrato, es evidente que las consecuencias jurídicas que de ella se pretendían derivar no tendrían ningún encuadre en nuestro actual sistema funcional, toda vez que hoy en día la propia Constitución española les ha reconocido su derecho a la libertad sindical y la configuración que se ha realizado de su régimen jurídico les permite ejercer el derecho de huelga y el derecho a la negociación colectiva. Es más, críticas de las que fue objeto esta doctrina por parte de la escuela realista de Burdeos determinaron su declive y su sustitución por la doctrina del servicio público -encabezada entre otros por DUGUIT y JEZE-, que acabó convirtiendo este concepto en el centro de todas las instituciones del Derecho público. Según esta concepción, la nueva noción jurídica y política fundamental del Estado no es la soberanía o autoridad, sino los servicios públicos ofrecidos por aquél a los ciudadanos, y todos sus servidores tienen la condición de empleados públicos, sometidos a normas de Derecho Público. El Estado, pues, ya no es concebido meramente como un poder soberano que manda y realiza actos de imperio. Cuando la Administración interviene no lo hace como lo haría un particular, y ello porque persigue un fin propio: el funcionamiento legal de un servicio público¹².

En fin, la noción de autoridad alude al ejercicio de prerrogativas, de poderes exorbitantes, a la posición de superioridad de unos sobre otros¹³. Por ello, si intentamos identificar el uso de estos poderes en el ámbito de la actuación administrativa, así como

¹² DUGUIT, L. *Op. cit.*, *Las transformaciones generales del Derecho*, pág. 96.

¹³ LÓPEZ FONT MÁRQUEZ, José Francisco, *La configuración jurídica del principio de autoridad*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 27 y ss. Identifica dos ámbitos diferentes de la noción de autoridad: la configuración de sedes jerárquicas que ejerzan funciones directivas o de liderazgo y el haz de actos de la Administración que limitan derechos individuales.

los empleados que pueden ejercitarlos, al menos habríamos de incluir a los funcionarios con poderes de mando y decisión¹⁴, a la potestad de dictar normas jurídicas, el uso de la fuerza, la denominada función de policía administrativa o la garantía del bienestar de la colectividad, esto es, todas aquellas materias que el Derecho Administrativo sustrae a la esfera de actuación de los particulares por considerar que son consustanciales al ejercicio de poderes soberanos¹⁵.

3. LA NECESIDAD DE RECURRIR A LA CONCEPCIÓN COMUNITARIA DE “EJERCICIO DE AUTORIDAD” COMO CRITERIO INTERPRETATIVO DE LA RESERVA

A pesar del fracaso que en el país vecino supuso el intento de concretar qué se entiende por actos de autoridad o ejercicio de potestades públicas, lo cierto y verdad es que nuestro ordenamiento jurídico ha recuperado aquel concepto y le atribuye además importantes consecuencias jurídicas, toda vez que obliga a la Administración a que este tipo de funciones sean desarrolladas necesariamente por aquellos empleados que tengan la consideración de funcionarios públicos y posean además la nacionalidad española (arts. 9.2 y 57 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público). De ahí la necesidad de intentar, al menos, aproximarse a este concepto.

La principal pista que proporciona nuestro ordenamiento administrativo para acercarnos a este concepto nos obliga a remitirnos a la jurisprudencia comunitaria. Especialmente desde el ámbito funcional se ha mirado al Derecho Comunitario para interpretar qué se entiende por ejercicio de potestad pública. Se trata, en todo caso, de una definición que ha ido forjando la jurisprudencia comunitaria con un claro carácter funcional y para evitar que los Estados pudieran limitar excesivamente la libre circulación de trabajadores acudiendo a la excepción de los “empleos en la Administración” que prevén los Tratados comunitarios. El artículo 39.4 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (actual art. 45.4 en la nueva numeración de la Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 9 de mayo de 2008, C115/47) permite, efectivamente, la posibilidad de que los Estados miembros puedan establecer limitaciones a este principio y excluir de la libre circulación de trabajadores para los “empleos en la Administración Pública”. A partir de ahí, la jurisprudencia comunitaria ha considerado que el concepto de Administración Pública no podía dejarse a la discreción de los Estados miembros, sino que debía ser interpretado y aplicado uniformemente en toda la Unión Europea¹⁶. Por ello ha venido realizando una interpretación funcional de lo que haya de entenderse por “empleos en la Administración Pública”, limitándolos única y exclusivamente a aquellos empleos que supongan una participación en el ejercicio de potestades públicas o que tengan por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de las Administraciones Públicas, en la medida en que suponen la existencia de una relación particular de solidaridad con el Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que son el

¹⁴ MIGUEL GARCÍA, Pedro, “El concepto de autoridad en nuestro ordenamiento jurídico”, *Estudios en homenaje al profesor López Rodó*, tomo I, CSIC, Madrid, 1972, pág. 408.

¹⁵ SOSA WAGNER, Francisco, *La gestión de los servicios públicos locales*, Civitas, Madrid, 2008, págs. 53 y ss.

¹⁶ Véanse, en particular, las sentencias de 12 de febrero de 1974, Sotgiu, 152/73, apartado 5 y la de 17 de diciembre de 1980, asunto Comisión/Bélgica 149/79.

fundamento del vínculo de nacionalidad” (Sentencias de 30 de septiembre de 2003, asunto Ander y otros, C-47/02; de 31 de mayo de 2001, asunto C-283/99 y de 2 de julio de 1996, C-290/94, entre otras muchas).

Esto justifica, pues, que debamos remitirnos a la jurisprudencia comunitaria para intentar definir desde criterios más fiables, y sobre todo útiles, qué se entiende por ejercicio de potestades públicas. El Tribunal ha interpretado que la noción de "ejercicio de los poderes públicos" se refiere a aquellos poderes que son la encarnación de la soberanía del Estado y como tales confieren a quienes los ostentan la facultad de ejercitar prerrogativas que sobrepasan el ámbito del Derecho común, privilegios y poderes coercitivos que obligan a los ciudadanos. En definitiva, para ser inaccesibles al ciudadano de otro Estado miembro, es preciso que las funciones que conforman el empleo litigioso persigan de forma directa fines de carácter público, con influencia en la conducta y la actuación de los individuos. Las funciones de que se trata, deben traducirse en actos de voluntad que obliguen a los particulares, en el sentido de que se pueda exigir su obediencia o si no se obedecieran, forzarse a conformarse a ellos¹⁷. Pues bien, la autoridad que ejercen algunos funcionarios deriva institucionalmente del hecho de que la Administración moderna es depositaria de una parte de autoridad, de poder público, que es uno de los atributos del poder ejecutivo. Desde esta perspectiva, nadie duda de que el concepto de autoridad requiere un plus sobre el simple funcionario. Esta adición ha de ser una idea de mando, potestad, imperio, la posibilidad, en definitiva, de determinar la conducta de otras personas, la facultad de decisión.

Concretar este planteamiento en el ámbito de la actuación administrativa no resulta nada fácil. En principio, habría que concluir que no podemos encerrar en esta categoría todas las funciones que realiza la Administración pues, como hemos apuntado, no se trata sin más del ejercicio de cualquier función pública, sino exclusivamente de aquéllas que implican el ejercicio “de potestades públicas¹⁸” o de “poder público”, lo que a nuestro juicio, al menos debería situarnos directamente en el plano de aquel tipo de funciones o cometidos que exterioricen una actividad de la Administración que tenga una directa trascendencia para la situación jurídica de otros sujetos de derecho y que por ello precisamente adquieren relevancia las notas de objetividad, imparcialidad e independencia. Es decir, del tenor literal del precepto parece derivarse que necesariamente deben reservarse a los funcionarios públicos aquel tipo de actividad administrativa que se exterioriza a través de un acto administrativo y que implica además el ejercicio frente a terceros de prerrogativas o poderes exorbitantes a los que posee cualquier sujeto privado.

Somos conscientes, no obstante, de que este primer acercamiento restrictivo al concepto de ejercicio de potestades públicas tampoco conseguiría solucionar del todo los problemas interpretativos que plantea la redacción de esta cláusula, toda vez que resulta muy difícil poder marcar una línea divisoria entre lo que sería el ejercicio estricto de este tipo de funciones y las tareas de auxilio o colaboración a las mismas que podrían realizar otros empleados, pero que también pueden resultar imprescindibles

¹⁷ Véanse, en este sentido, las conclusiones del Abogado General MANCINI, en la Sentencia del TJCE de 3 de junio de 1986, Asunto 307/84, *Comisión contra Francia*.

¹⁸ SAIN MORENO, Fernando, ya apuntó tempranamente las dificultades existentes para delimitar el contenido de lo que haya de considerarse como función pública, sobre todo teniendo en cuenta que también los sujetos privados realizan o colaboran al ejercicio de las mismas. “El ejercicio privado de funciones públicas”, *Revista de Administración Pública* 100-102, 1983, págs. 1699 y ss.

para el adecuado ejercicio de aquéllas y que, en consecuencia, también podrían considerarse incluidas en esta cláusula como “participación indirecta” en el ejercicio de las potestades administrativas (la tarea de tramitar expedientes administrativos, la tarea de limpieza de la oficina donde el funcionario impone sanciones o la de encendido de calefacción, por ejemplo).

Por el contrario, su utilización parece situarnos nuevamente ante la antigua polémica respecto de los límites de aplicación del derecho administrativo, a la vieja distinción –antes mencionada- entre actos de autoridad y actos de gestión elaborada a lo largo del siglo XIX y ante la teoría formulada por HAURIUO respecto del criterio de la prerrogativa, en cuya virtud, las normas administrativas habrían de aplicarse únicamente cuando la Administración actuara revestida de *imperium*, investida de poder o autoridad y a través de medios jurídicos excepcionales o exorbitantes respecto de los propios del Derecho Civil.

En cualquier caso, la responsabilidad de realizar esta complicada labor interpretativa va a recaer en el legislador estatal y en los autonómicos, que deberán especificar qué tipo concreto de funciones pueden resultar encuadradas en estas dos categorías conceptuales, teniendo muy presente la interpretación de dichos conceptos que realice la jurisprudencia comunitaria. Ello explica que el legislador básico estatutario haya terminado vinculando el requisito de la nacionalidad española con esta reserva.

Conviene tener en cuenta la evolución que en esta materia se ha producido en los últimos años. En desarrollo de la jurisprudencia comunitaria se señalaron inicialmente determinados sectores de actividad incardinados dentro de la función pública a los que sería aplicable la libertad de circulación de trabajadores. Se abrían a nacionales de otros Estados comunitarios el sector investigador, docente, de correos, asistencia y aquellos otros a los que según el Derecho Comunitario les fuera aplicable la libre circulación de trabajadores. Posteriormente se adoptó un criterio diferente, de tal forma que la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, modificada por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, dispuso como regla general el acceso de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea en condiciones de igualdad a todos los empleos públicos, “salvo que impliquen una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y se trate de funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas”. Aparece así recogida expresamente y por vez primera en una norma con rango de ley y carácter básico esta cláusula que ahora nos ocupa.

En desarrollo de esta Ley, el *Real Decreto 543/2001, de 18 de mayo, sobre acceso al empleo público de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos de nacionales de otros Estados a los que es de aplicación el derecho a la libre circulación de trabajadores*, vino a concretar para el ámbito estatal aquellos Cuerpos y Escalas excluidos del ámbito de la libre circulación y para los que se seguía exigiendo la posesión de la nacionalidad española por implicar una participación en el ejercicio del poder público y en la salvaguarda de los intereses del Estado. Esta norma nos puede dar la pista de qué tipo de funciones que en el ámbito estatal han de quedar en todo caso reservadas a los funcionarios públicos españoles¹⁹. A partir de la entrada en vigor de

¹⁹ Así, por ejemplo, en el Ministerio de Administraciones Públicas, se reserva la Escala de Funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional; en el Ministerio de Justicia, el Cuerpo de Abogados del Estado; en el Ministerio del Interior, el Cuerpo de Ayudantes de Instituciones

esta norma, estos puestos explicitados en el anexo de este Real Decreto quedaban inquebrantablemente reservados a funcionarios y no hacía falta contemplar ninguna otra previsión porque el acceso a la condición de funcionario exige la posesión de la nacionalidad española (art. 30.1.a de la Ley de Funcionarios de 1964).

Hasta aquí el tratamiento que se ha hecho en la normativa española del requisito de la nacionalidad. El salto cualitativo se produce cuando el art. 9.2 del Estatuto eleva esta cláusula funcional establecida por la jurisprudencia comunitaria y adoptada en nuestra legislación únicamente para justificar el mantenimiento del requisito de la nacionalidad para el acceso a la condición funcional, como una categoría general definidora y delimitadora de la figura del funcionario de carrera.

4. OTRAS IMPLICACIONES DE LA RESERVA FUNCIONARIAL

El establecimiento de la reserva funcional también tiene otras importantes implicaciones prácticas que van más allá de la división entre el régimen funcional y el laboral. El Estatuto da pie a la configuración de dos núcleos distintos de funciones públicas para los funcionarios al deslindar un núcleo reducido que concentra las funciones que implican el ejercicio de “poder público” o salvaguarda de intereses generales, que recaerá necesariamente en manos de funcionarios con nacionalidad española, y el resto de funciones públicas que pueden ser desarrolladas por funcionarios a quienes ya no se les exige el requisito de la nacionalidad y se les aplica directamente el principio comunitario de la libre circulación de trabajadores (art. 57). Aunque esto no supone ninguna novedad, los problemas prácticos de esta distinción podrían agravarse. A partir de ahí nos podemos encontrar con un panorama un tanto difícil de gestionar, sobre todo si tenemos en cuenta que esta reserva explícita puede tener consecuencias jurídicas que no sólo se limitan al establecimiento de requisitos diferentes para el acceso.

Efectivamente, a este pequeño núcleo de funciones sólo pueden acceder nacionales españoles. El resto de puestos funcionariales que hayan sido así configurados por las leyes correspondientes pueden ser ocupados por nacionales de otros Estados de la Unión Europea. Sin embargo, estos otros funcionarios comunitarios no van a tener necesariamente las mismas posibilidades de promoción en el seno de la carrera administrativa iniciada, toda vez que van a chocar con un importante número de puestos de trabajo a los que no podrán acceder por faltarles el requisito de la nacionalidad. Sin embargo, la progresión en la carrera profesional y promoción interna según los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad se configura como uno de los derechos individuales de los empleados públicos (art. 14.c y art. 16.1) y como uno de los fundamentos inspiradores del Estatuto (art. 1.3.b). Es decir, la gestión de los recursos humanos no se verá en modo alguno facilitada con el establecimiento de esta reserva dados los distintos regímenes y especialidades que para los laborales y para los funcionarios, dependiendo de si están dentro o fuera de la reserva, pueden tener.

Penitenciarias; en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el Cuerpo de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social; en el Ministerio de Asuntos Exteriores, la Carrera Diplomática; en el Ministerio de Hacienda, el Cuerpo Superior de Interventores y Auditores del Estado y el Cuerpo de Gestión de la Hacienda Pública. Este Real Decreto, no obstante, se entiende derogado en virtud del apartado d) de la Disposición Derogatoria Única.

Pero aquí no acaban los problemas. Una vez que se produzca la intervención del legislador de desarrollo, el personal laboral que desempeñe puestos de trabajo reservados a funcionarios podrá seguir desarrollando sus mismas funciones, aunque se prevé la posibilidad de iniciar de nuevo procesos de funcionarización de personal semejantes a los previstos en la Disposición Transitoria 15 de la Ley de Medidas, aunque esta vez a través de procedimientos selectivos de promoción interna, tal como prevé la Disposición Transitoria Segunda. A tenor de la interpretación que de esta reserva funcional se realice en las distintas leyes de función pública de desarrollo del Estatuto y, sobre todo, de lo que resulte después en los distintos instrumentos de ordenación de personal que se adopten en cada ámbito territorial, puede darse la circunstancia de que determinadas funciones y puestos ocupados ahora por personal laboral aparezcan reservados a quienes posean la condición de funcionarios. Se trata, ciertamente, de una situación anómala, pero que no es nueva en nuestro ordenamiento.

Al amparo de la redacción originaria del artículo 15 de la Ley de Medidas, efectivamente, numerosos puestos de la Administración habían sido ocupados por laborales. La mediación de la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987, de 11 de junio, vino a poner freno a dicha situación y motivó una sustancial reforma del mencionado precepto a través de la Ley 23/1988, de 28 de julio. Con la nueva redacción, se proclamaba la naturaleza funcional de la generalidad de los puestos de la Administración y se contemplaban expresamente una serie de supuestos que podrían ser ocupados por personal laboral, dependiendo ya de los órganos de gobierno de cada Administración. Este cambio de orientación provocó que numerosísimos empleados públicos laborales se encontraron desempeñando puestos de trabajo que habían quedado reservados a los funcionarios públicos. Consecuencia de todo ello fue el inicio, en virtud de la Disposición Transitoria decimoquinta de la Ley 23/1988 (modificada por el artículo 121 de la Ley 13/1996 de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social), de múltiples procesos de funcionarización del personal laboral, semejantes a los que ahora se contemplan en el nuevo Estatuto. Se abrían, así, las puertas para que este personal laboral fijo pudiera participar en las pruebas selectivas de acceso a los Cuerpos y Escalas a los que figuraran adscritos los correspondientes puestos.

Pues bien, con esta misma intención de mantener la homogeneidad entre la calificación del puesto en el correspondiente instrumento de ordenación del personal y el carácter funcional de quien realmente lo desempeña, la Disposición Transitoria Segunda del Estatuto contempla una habilitación legal para que el personal laboral que resulte afectado por la reserva pueda seguir desempeñando sus mismos puestos. La habilitación, no obstante, no abarca al personal laboral temporal ni al indefinido, pues dado el carácter temporal de su vínculo con la Administración, la regularización podrá venir por otras vías. Está limitada únicamente al personal laboral que reúna la condición de fijo en el momento de entrada en vigor del Estatuto (13 de mayo de 2007) o pase a desempeñarlas en virtud de pruebas de selección o promoción convocadas antes de dicha fecha. Lo que no contempla expresamente esta Disposición, a diferencia de lo que ocurría con la Disposición Transitoria Quince de la Ley de Medidas, es la posibilidad de que esta permanencia en el puesto se desarrolle sin menoscabo de sus expectativas de promoción profesional.

Tal vez ello sea así porque la nueva Disposición canaliza los nuevos procesos de funcionarización precisamente a través de la promoción interna. Para ello contempla la posibilidad de que el laboral afectado pueda regularizar su situación y funcionarizarse

mediante su participación en los correspondientes procesos selectivos de promoción interna y a través del sistema de un concurso-oposición. En realidad se trata de un sucedáneo del sistema de promoción cruzada que permite el cambio en la naturaleza jurídica del vínculo, el paso de la condición de laboral a la condición funcionarial, sin necesidad de cumplir el requisito de los dos años de antigüedad en el puesto que exige el nuevo artículo 18.2 del Estatuto, así como el artículo 22.3 de la Ley de Medidas, que todavía sigue vigente. Para ello se tendrán en cuenta las pruebas selectivas que el laboral tuvo que superar para acceder a esta condición, con lo cual se evita que se repitan pruebas relativas a conocimientos y capacidades que en su día ya resultaron suficientemente acreditados en el oportuno procedimiento selectivo de acceso. Asimismo, se valorarán como mérito los servicios efectivos prestados como personal laboral fijo siempre que ello no suponga una diferenciación irrazonable, desproporcionada o arbitraria; es decir, siempre que la valoración del tiempo de servicios prestados con anterioridad no se convierta en “título de legitimación exclusivo que permita el acceso a una función pública de carácter permanente” (STC 27/1991, de 14 de febrero).

Conviene tener en cuenta que de la lectura de este precepto no se infiere la configuración de procedimientos selectivos restringidos y limitados únicamente al personal afectado por esta Disposición, sino meramente a la posibilidad ya existente de que las pruebas de promoción interna se puedan llevar a cabo en convocatorias independientes de las de nuevo ingreso, como viene siendo ya práctica habitual durante los últimos años. Por ello, a mi juicio, en los procedimientos selectivos de promoción interna para la ocupación de las plazas funcionarizadas podrá concurrir cualquier otro funcionario o laboral siempre que cumpla todos los requisitos generales de antigüedad y titulación que el artículo 18.2 del Estatuto o las correspondientes convocatorias en su caso puedan establecer. Y ello porque sólo dicha interpretación puede resultar compatible con el artículo 23.2 y 103.3 de la Constitución, así como con la interpretación que la doctrina constitucional ha realizado de dichos preceptos.

Efectivamente, la STC 27/1991, de 14 febrero, en relación con la posibilidad de establecer pruebas específicas a las que sólo tienen acceso determinados colectivos de personal, estableció que “es evidente que el derecho a la igualdad en el acceso a la función pública supone una limitación, fundamentada en la práctica de las llamadas pruebas restringidas para el acceso a la función pública, las cuales, en general, han de considerarse como un procedimiento proscrito en el art. 23.2 de la CE, si bien no cabe excluir que, en determinados casos excepcionales, la diferencia de trato establecida en la Ley en favor de unos y en perjuicio de otros pueda considerarse como razonable, siempre que dicha diferenciación se demuestre como un medio excepcional y adecuado para resolver una situación también excepcional, 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 Pública”.

A mayor abundamiento, la STC 16/1998, de 26 de enero, aclaró todavía más esta posición doctrinal sistematizando sus requisitos. Es preciso, “primero, que se trate de una situación excepcional; segundo, que sólo se acuda a este tipo de procedimientos una sola vez, pues de otro modo se perdería su condición de remedio excepcional para una situación también excepcional y, en tercer y último lugar, que dicha posibilidad esté prevista en una norma de rango legal”.

Pues bien, podría entenderse que esa situación excepcional ya se ha dado y que está prácticamente agotada a raíz de los múltiples procesos de funcionarización que se llevaron a cabo a partir de la Disposición Transitoria 15 de la Ley de Medidas. Así, por ejemplo, y basándose en dicha doctrina del Constitucional, la STS de 20 de junio de 1996, declaró la validez de los procesos de funcionarización que se llevaron a cabo a través de la Ley 31/1990, de 27 diciembre, de Presupuestos Generales para 1991 que, recordemos, había establecido en su art. 37.1 un turno específico que denominó «Plazas afectadas por el art. 15 de la Ley de Medidas», en el que podía participar el personal afectado por aquella Disposición. El motivo que llevó al TS a declarar la validez de dichos procedimientos de acceso restringido no fue otro que el de considerar precisamente que las características de excepcionalidad y fines legítimos concurrían en el caso concreto. A partir de ahí, sería ya muy difícil argumentar que vuelven a concurrir de nuevo motivos excepcionales pues, en caso contrario, empezariamos a movernos en una delicada espiral que podría dejar sin contenido la aplicación del derecho fundamental de acceso a las funciones públicas consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución y que, como ha declarado la inconcusa jurisprudencia dictada al efecto, se extiende también a las formas de provisión de puestos de trabajo.

5. ALGUNAS INCOHERENCIAS DEL LEGISLADOR QUE DIFICULTAN EL TRAZO DE LA LÍNEA DIVISORIA ENTRE AMBAS FIGURAS

A pesar de las enormes dificultades que plantea la concreción de lo que haya de entenderse por ejercicio de potestades públicas, si el legislador básico estatutario ha decidido utilizar este criterio es precisamente porque su ejercicio requiere las máximas garantías de objetividad, independencia e imparcialidad que, al menos en principio, parecen mejor salvaguardadas en el ámbito funcional que en el laboral, aunque sólo sea porque la nota de la inamovilidad en el cargo sólo a ellos se les reconoce.

Ahora bien, si esto es así, ciertamente pueden encontrarse algunas incoherencias internas en este modelo²⁰. Algunas de ellas de carácter eminentemente teórico, porque estas notas se han de predicar de igual manera -y por imperativo constitucional- a todas y cada una de las funciones y tareas que realice cualquier empleado público, con independencia de la naturaleza jurídica del vínculo que le une con la Administración. Por una parte, la objetividad es una nota que se predica de toda actuación de la Administración (art. 103.1 de la Constitución) y, por otra, aunque la inamovilidad no se reconoce al personal laboral, de facto resulta también casi inamovible, toda vez que el Estatuto les ha extendido las garantías que implica el régimen disciplinario funcional e incluso se ha previsto la readmisión automática del trabajador que es despedido de forma improcedente.

Mayor incongruencia puede plantear la regulación de la figura del directivo público profesional, sobre todo si tenemos en cuenta que, a pesar de la indefinición del

²⁰ Algunos autores, como FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA, Jorge, “El Estatuto Básico del Empleado Público y la regulación de las funciones reservadas al funcionario público”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 139, 2008, pág. 495, han interpretado como una incoherencia del sistema la existencia misma del personal interino, en la medida en que se estaría aceptando que esta categoría de empleados, que goza incluso de menor estabilidad que los laborales fijos, pueda ejercer directa o indirectamente potestades públicas. Para profundizar en esta idea nos referimos a BOLTAINA BOSCH, Xavier, *Los puestos de trabajo del personal laboral en las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 168 y ss.

término “autoridad”, se ha considerado que ésta identifica, al menos, a la configuración de sedes jerárquicas que ejerzan funciones directivas o de liderazgo²¹. El artículo 13 del Estatuto, efectivamente, tras excluir la negociación colectiva para la determinación de las condiciones de empleo del personal directivo, prevé su sumisión a una relación laboral de carácter especial de alta dirección cuando reúna la condición de personal laboral. Pues bien, como ha resaltado ORTEGA ÁLVAREZ, esto implica asumir directamente la posibilidad de que puedan existir tareas directivas que no impliquen una participación directa en el ejercicio de potestades públicas y, en consecuencia, que la intensidad del contenido de una función pública tan importante como es la directiva, no es en sí misma un criterio decisivo para configurar una reserva a favor de un régimen funcionarial²². Es más, se puede producir la situación paradójica de que funcionarios públicos afectados por la reserva, esto es, de quienes se presume directamente su objetividad, imparcialidad e independencia, estén directamente bajo las órdenes de un directivo público que reúna la condición de personal laboral.

Pero la mayor incoherencia del modelo, a mi juicio, la representa el régimen que se ha previsto para los denominados organismos reguladores mencionados en la Disposición Adicional Décima de la LOFAGE²³, sobre todo si tenemos en cuenta las importantes potestades públicas que ejercen muchas de estas entidades en materia sancionadora o reguladora. Prácticamente todos estos organismos, en su búsqueda de una pretendida mayor agilidad y flexibilidad en la gestión de sus recursos humanos, optaron de forma mayoritaria por la laboralización de su personal²⁴, por lo que no es extraño en estos organismos que personal laboral ejerza funciones que en el modelo organizativo general ahora están reservadas exclusivamente a funcionarios públicos

²¹ LÓPEZ FONT MÁRQUEZ, José Francisco, *La configuración jurídica del principio de autoridad*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 29 y 30.

²² ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, “Introducción general a los comentarios sobre el Estatuto Básico del Empleado Público”, en la obra colectiva dirigida por él mismo, titulada *Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, El Consultor, 2007, págs. 37 y ss.

²³ Esta Disposición se refiere a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, al Consejo de Seguridad Nuclear, al Ente Público RTVE, a las Universidades no transferidas, a la Agencia de Protección de Datos, al Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX), al Consorcio de la Zona Especial Canaria, a la Comisión Nacional de Energía y a la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones. Se trata de las denominadas Administraciones independientes, esto es, de entidades y organismos dotados de cierta independencia funcional o autonomía respecto de la Administración General del Estado. Estas entidades, que se rigen por su legislación específica, quedaban en principio al margen de la aplicación de la Ley de Medidas, toda vez que su artículo 1.a) sólo se refería literalmente a la categoría de los “organismos autónomos”.

²⁴ Así sucede, por ejemplo, con la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones. El artículo 1.1 del Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones, prevé que el personal que preste servicios en dicha Comisión quedará vinculado a la misma por una relación de carácter laboral. El artículo 14.7 de la Ley 24/1998, de 27 de julio, del Mercado de Valores, dispone que el personal que preste servicio en la Comisión estará vinculado a la misma por una relación sujeta a las normas de Derecho laboral. Lo mismo sucede con la Comisión Nacional de la Energía, toda vez que la Disposición Adicional Undécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, que se pronuncia decididamente acerca de la naturaleza laboral de su personal o con la Agencia Española de Protección de Datos, cuyo art. 37 del Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba su Estatuto (y con las modificaciones posteriores de que ha sido objeto) prevé, además de los puestos funcionariales, que la relación de puestos de trabajo prevea los puestos a desempeñar por personal laboral, con expresión de los factores que, en función de las tareas integrantes de cada puesto de trabajo, determinen la imposibilidad de su desempeño por personal funcionario.

aunque, eso sí, en su ejercicio existe al menos la garantía de sumisión al Derecho Administrativo.

La confusa técnica jurídica empleada por el legislador para determinar el ámbito de aplicación del Estatuto hace que surja la duda de si esta norma les resulta aplicable o, por el contrario, seguirán quedando al margen de sus prescripciones. Su resolución, sin embargo, tiene una enorme trascendencia práctica si tenemos en cuenta que, aunque predomine el personal laboral en muchos de estos organismos, el Estatuto contempla para ellos un régimen laboral especial y, lo que resulta todavía incluso de mayor importancia, una reserva de funciones públicas para el personal funcionarial. En este caso, parece claro que dentro de esta reserva deberían quedar incluidas, entre otras, las funciones inspectoras y sancionadoras que desarrollan estas autoridades, así como las importantes funciones de regulación y control independiente de determinados mercados y actividades que muchas de estas particulares entidades realizan. Sin embargo, la Disposición Adicional Quinta del Estatuto parece haber dejado fuera de su ámbito de aplicación a los organismos reguladores, pues se ha previsto que para estos organismos sólo se aplicará lo establecido en el Estatuto “*en la forma prevista en sus leyes de creación*”. La interpretación literal del precepto significa prácticamente su exclusión o, en otros términos, su aplicación en lo que únicamente sea coincidente con lo dispuesto en sus normas reguladoras.

6. UNAS PAUTAS ORIENTADORAS PARA EL LEGISLADOR DE DESARROLLO Y PARA EL GESTOR DEL PERSONAL

El Estatuto Básico posibilita la configuración de un modelo dual para la prestación de servicios en la Administración, toda vez que permite con muy pocas limitaciones la instauración o, en su caso, el mantenimiento de un modelo laboral en paralelo al funcionarial. Sin embargo, ello no debe significar que las funciones puedan ejercerse de manera indistinta por ambos colectivos. Por el contrario, es dable esperar que el legislador de desarrollo tome decisiones y establezca unos criterios distintivos claros que le permitan reordenar su modelo de empleo público recurriendo, si es preciso, a los procesos de funcionarización que posibilita el Estatuto.

A la hora de tomar decisiones, es preciso tener en cuenta que sigue vigente la doctrina del TC plasmada en su Sentencia de 99/87, de 11 de junio, y en virtud de la cual, al haber optado la Constitución en su artículo 103.3 por un régimen funcionarial, la regla general en la Administración debe ser, en principio, la de que todos los puestos de trabajo deben ser desarrollados por personal funcionarial. En consecuencia, el personal laboral debe ser una excepción que, en todo caso, debe venir específicamente prevista por el legislador ordinario, ya sea estatal o autonómico.

En este sentido, el EBEP ninguna novedad esencial habría aportado. En todo caso, la novedad vendría precisamente por la limitación que se ha impuesto al correspondiente legislador de desarrollo que, como mínimo, deberá respetar el ejercicio de potestades que impliquen autoridad o salvaguardia de intereses generales del Estado o de las Administraciones Públicas, toda vez que este tipo de funciones debe quedar vetado a los laborales y sus puestos ocupados necesariamente por funcionarios públicos que, además, posean el requisito de la nacionalidad española. A mayor abundamiento, se han de reservar los puestos de trabajo que impliquen tanto la “participación directa” como la “participación indirecta” en su ejercicio. Es decir, la reserva abarcaría también

a todas aquellos puestos que sean auxiliares e instrumentales, que se utilicen como medio para el ejercicio de dichas potestades y para la salvaguarda de intereses generales. Dentro de estas funciones habría que incluir en todo caso las relacionadas con la ordenación y la intervención administrativa, que se van a plasmar en la emanación de los correspondientes actos administrativos, entendidos como toda declaración de voluntad, de deseo, de juicio o de conocimiento que realiza un órgano administrativo en ejercicio de sus competencias y de acuerdo con el procedimiento legal o reglamentariamente previsto. Obviamente, por sus repercusiones para los particulares y por ser una manifestación del ejercicio de autoridad, deberían ser incluidas las funciones sancionadoras, las autorizatorias, las inspectoras o de control o fiscalización, la instrucción y la elaboración de propuestas de resolución de los procedimientos administrativos, la emanación de órdenes de policía, las funciones relativas a la elaboración de normas, etc. Dentro del concepto genérico de la salvaguarda de intereses generales del Estado o de la Administración podrían incluirse las funciones relativas a la dación de fe pública y gestión de los registros administrativos, las de recaudación, asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las funciones de contabilidad, etc.

Por otra parte, y al mismo tiempo, también resultaría conveniente que el legislador de desarrollo permitiera ciertos espacios a la autonomía organizativa en materia de personal, teniendo en cuenta la propia complejidad de la organización. En el ámbito de cada Administración territorial suelen existir múltiples formas organizativas y de gestión de actividades que deben estar adaptadas a las necesidades que plantea cada concreto servicio público. Como bien reconoce la Exposición de Motivos de la Ley, la organización burocrática tradicional, creada esencialmente para el ejercicio de potestades públicas en aplicación de las Leyes y reglamentos, se ha fragmentado en una pluralidad de entidades y organismos de muy diverso tipo, dedicadas unas a la prestación de servicios directos a la ciudadanía y otras al ejercicio de renovadas funciones de regulación y control. En este sentido, no puede desconocerse la mayor flexibilidad que el régimen laboral permite para el gestor público dada su mayor proximidad a los criterios de gestión de la empresa privada.

En fin, dentro de este amplísimo margen de libertad de que dispone el legislador de desarrollo para fijar los criterios de ocupación de puestos laborales, hay que tener en cuenta que corresponde después a las Administraciones Públicas concretarlos en su estructura organizativa a través de las relaciones de puestos de trabajo (o de otros instrumentos organizativos similares). Son las funciones del puesto las que han de definir la naturaleza del mismo, y no el tipo de relación jurídica existente entre la persona contratada y la administración. A la hora de realizar esta tarea debería respetarse una mínima regla de coherencia interna. Como ha señalado BOLTAINA BOSCH, tiene que existir una regla de oro elemental: un solo régimen jurídico para los empleados que realizan cada tipo de función pública²⁵. Obviamente ello sólo podrá llevarse a cabo si con carácter previo se han identificado adecuadamente tareas y funciones a través de los correspondientes análisis funcionales de puestos. Al menos ello permitiría solucionar algunas de las situaciones tan paradójicas –por no decir inexplicables– que en ocasiones se producen en algunas Administraciones Públicas

²⁵BOLTAINA BOSCH, Xavier, *Los puestos de trabajo del personal laboral en las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 207.

cuando funcionarios y laborales ocupan idénticos puestos y realizan exactamente las mismas funciones, aunque sometidos, eso sí, a distintos regímenes.

En el marco siempre de una adecuada planificación estratégica del personal, la toma de decisiones debe realizarse ponderando algunas otras variables. Factor clave debe ser la propia política de personal que se pretenda llevar a cabo en cada Administración, si se opta por funcionarizar, por aumentar el ámbito de la laboralización o por mantener un régimen mixto (en este caso, racionalizado). Otro factor a tener en cuenta puede ser el relativo a las diferencias de régimen retributivo y de condiciones de trabajo que plantea el personal laboral, así como el mayor grado de flexibilidad que éste permite. En este sentido, conviene no olvidar que en la medida en que se restrinja la interpretación de la reserva funcional funcionarial y se abran los criterios que permitan la ocupación de puestos por personal laboral, se estará facilitando la adopción, en su caso, de futuras políticas externalizadoras. Recordemos que la normativa sobre contratación administrativa establece un límite muy claro y tajante para la formalización de contratos de gestión de servicios públicos y para los contratos de actividades: el ejercicio de potestades públicas²⁶.

A modo meramente indicativo, el legislador podría habilitar al personal laboral para el desempeño de puestos en la Administración instrumental (con la salvaguardia, claro está, de los puestos afectado por la reserva del art. 9.2); para la ocupación de puestos que requieran conocimientos técnicos muy especializados si no existen cuerpos funcionariales que puedan desempeñarlos; para la realización de actividades de carácter periódico y discontinuo; para realizar tareas propias de oficios o de mantenimiento y conservación de edificios (limpieza, vigilancia, recepción, información, custodia, porteo, reproducción de documentos, conducción de vehículos, etc). Mayores dudas interpretativas podría suponer, a mi juicio, el mantenimiento del criterio relativo a las funciones típicamente administrativas y auxiliares, toda vez que podrían encuadrarse en el “ejercicio indirecto” de potestades públicas.

Algo similar ocurre con el criterio relativo al carácter estable o contingente de las funciones que se tengan que desarrollar. En otro tiempo pudo ser un criterio relevante para trazar la línea divisoria. De hecho, la naturaleza no permanente de los puestos se sigue manteniendo todavía en el ámbito estatal como uno de los criterios que posibilitan su ocupación por personal laboral (art. 15.1.c. de la Ley 30/84). Hoy en día, sin embargo, este criterio debe ser relativizado por la mayor operatividad y uso que permite el Estatuto de la figura del funcionario interino, toda vez que se puede acudir a ella, no sólo para ocupar con carácter urgente y necesario plazas vacantes, sino también por exceso o acumulación de tareas o para la realización de programas de carácter temporal. En todo caso, antes de la adopción de este criterio, deberían tenerse en cuenta los importantes efectos secundarios –y patológicos- que ha provocado, pues ha hecho aumentar considerablemente las tasas de precariedad en la Administración y se ha convertido en un factor desencadenante de fuertes presiones para realizar políticas de estabilización del personal afectado.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

²⁶ Artículos 251.1 y 277.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público.

El legislador ha partido de la constatación de una realidad: la existencia de una dualidad de regímenes jurídicos en la Administración, que en algunos ámbitos supera incluso al personal funcionarial, y la constatación de que esta situación no tiene visos de desaparecer dada la importante dosis de flexibilidad que el régimen laboral permite introducir en la gestión de los recursos humanos y dada su mayor proximidad a los criterios de gestión de la empresa privada, lo que explica su preferencia en determinadas áreas de la Administración.

Ante ello ha adoptado la postura más razonable: el acercamiento, en la medida de lo posible, de los dos regímenes jurídicos y la cobertura legal de las especialidades que presenta la regulación del personal laboral en la Administración. Ha intentado reordenar la delicada cuestión relativa a las fronteras entre ambas naturalezas de personal recurriendo a la técnica de la reserva de funciones que implican el ejercicio de autoridad o la salvaguarda de los intereses generales a los funcionarios públicos. La intención es sumamente loable porque al menos supone el establecimiento de un criterio mínimo básico y de obligado cumplimiento para los legisladores autonómicos que antes no existía. Sin embargo, su puesta en práctica nace ya viciada por no ser aplicable a las entidades donde más falta hubiera hecho (me refiero especialmente a los organismos reguladores las importantes funciones públicas que desempeñan) y por los nada desdeñables problemas teóricos e incluso prácticos que puede ocasionar la concreción de esta cláusula.

No obstante, hay que ser plenamente conscientes de que la puesta en marcha del Estatuto es una cuestión eminentemente compleja que abre una larga cadena de cambios de gran calado en la Administración Pública, por lo que habrá que esperar a que se produzca el desarrollo legislativo del Estatuto con coherencia para ver cómo se afronta este complicado problema de la distinción entre los funcionarios y los laborales en la Administración.