

JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ _Universidad de Castilla-La Mancha_[27-40]

O Estatuto Básico do Empregado Público: balance e perspectivas



Contribución ás Xornadas
«As Administracións Públicas Son Persoas. Cara ao Emprego Público do Século XXI».
Santiago de Compostela, 27 e 28 de novembro do 2008.

A día de hoxe resulta certamente complicado realizar un balance do Estatuto Básico do Empregado Público, pois, como é sabido, trátase simplemente da primeira peza do gran puzzle do emprego público. A composición final do puzzle dependerá do desenvolvemento lexislativo que se leve a cabo e, sobre todo, da aplicación que finalmente se acabe realizando do mesmo.

Agora ben, si podemos tentar efectuar unha primeira aproximación ás circunstancias e factores que interviñeron no proceso de xestión do Estatuto Básico para así tratar de prever a súa evolución, o que nos obrigaría a analizar as razóns desta lei, isto é, a intentar contestar a seguinte pregunta: por que no ano 2007 quixo o lexislador regular o Estatuto Básico do Empregado Público; cales foron os seus obxectivos?

A primeira resposta, a máis inmediata, é a relativa ao cumprimento do mandato constitucional. O Estatuto Básico do Empregado Público, aprobado pola Lei 720/07, do 12 de abril, vén dar cumprimento ao mandato establecido no artigo 103.3 do Texto Constitucional que, como é sabido, contén unha remisión ao lexislador para a regulación do estatuto dos funcionarios públicos. Ata agora, e durante practicamente 30 anos, xa contaramos coa correspondente lexislación contida en diversos textos legais coa que indirectamente se lle estaba dando cumprimento a este mandato constitucional (Lei de funcionarios de 1964, Lei 30/84 de medidas para a reforma da Función Pública, Lei 53/84 de incompatibilidades, Lei 9/87 de órganos de representación, determinación das condicións de traballo e participación do persoal ao servizo das administracións, así como outras tantas normas regulamentarias de desenvolvemento). Isto indícanos que, malia o disposto na Exposición de Motivos da lei, esta non debeu ser a única finalidade do Estatuto, pois poderíamos ter aguantado perfectamente outros tantos anos máis con esta mesma regulación.

Coa súa elaboración tampouco se pretendeu exclusivamente simplificar e sistematizar a proluxa lexislación vixente para conseguir maiores doses de seguridade xurídica. Se este fose o único obxectivo sería máis fácil conseguilo a través dunha delegación lexislativa ao Goberno para a elaboración dun texto refundido de normas básicas funcionariais, tal como fixo, por exemplo, o lexislador galego a través do Decreto Lexislativo 1/2008, do 13 de marzo, polo que se aproba o Texto Refundido da Lei da Función Pública de Galicia. Foron, ademais, outras razóns de peso as que levaron á súa elaboración.

Efectivamente, convén ter presente a situación de partida. A Lei 30/1984, Lei de medidas, foi elaborada cun marcado carácter provisional e coa intención de adaptar de forma inmediata as antigas normas funcionariais ao novo modelo de Estado descentralizado ata tanto non se desenvolvese na súa integridade o mandato constitucional. Acontece, con todo, que o modelo actual de desenvolvemento do Estado autonómico pouco ou nada ten que ver co que estaba empezando apenas a proxectarse a principios dos anos oitenta. Atopámonos na actualidade cun modelo de Estado altamente descentralizado. Dato significativo é que dos 2 582 846 empregados das administracións públicas que existen na actualidade¹, só un 21,7% permanecen na Administración Xeral do Estado (561 551 empregados, incluíndo o persoal das Forzas Armadas, das Forzas e Corpos de Seguridade, o da Administración de Xustiza e os seus organismos públicos). Nunha proporción semellante, ou mesmo maior, atopamos os funcionarios locais, que con 623 214 empregados representan un 24,1% do total dos efectivos das administracións. O resto, 1 300 232 empregados, son empregados das administracións autonómicas, que representan un 50,4% dos efectivos do persoal.

Isto xa nos suxire dúas ideas esenciais que estiveron moi presentes na mente do lexislador do ano 2007. Por unha banda, o modelo actual de Función Pública xa non pode ser un modelo que toma como única referencia o funcionario da AXE, tal como practicamente sucedeu ata agora e, por outra, a necesidade de establecer un sistema que permita maiores doses de flexibilidade para a construción de modelos propios de Función Pública.

Tampouco se pode ignorar que o Estatuto pretende ser tamén un reflexo das importantes mudanzas e transformacións que nos últimos anos se produciron nas propias funcións que realizan as administracións públicas, sobre todo as autonómicas. Son cada vez máis numerosas as demandas dos cidadáns de maiores prestacións e servizos de calidade e tampouco son os mesmos os intereses e as demandas dos empregados públicos actuais (que xa pouco teñen que ver coa idea do espírito do servizo e de identificación coas tarefas públicas que en boa parte condicionaron a xestión do réxime estatutario funcional ao longo do século pasado).

Estes desaxustes provocan grandes disfuncións na Administración que se acaban trasladando aos cidadáns (deterioración de políticas e servizos públicos) e moi especialmente aos empregados públicos. O cal se traduce nun importante problema de desmotivación e falta de incentivos para os funcionarios públicos, nunha alta porcentaxe de absentismo laboral, falta de oportunidades, falta de implicación do empregado nas políticas da súa administración, retribucións inadecuadas, etc. Ante isto, parece unha necesidade a elaboración dun novo marco que sexa capaz de impulsar un modelo distinto de recursos humanos na Administración, máis moderno e flexible. Trataríase, en definitiva, dun novo modelo que debe basearse nas seguintes claves:

En primeiro lugar, no deseño dun marco normativo de mínimos que recoñeza despois a todas as administracións territoriais a posibilidade de adaptaren o seu modelo de Función Pública ás súas propias peculiaridades (flexibilidade externa do sistema). A reforma faise, e así especifica claramente a súa Exposición de Motivos, coa intención de flexibilizar o réxime xurídico dos funcionarios mediante a apertura de maiores espazos á diversidade, o que supón automaticamente unha diminución das bases. Isto é así porque, tal como acabamos de apuntar, co desenvolvemento do proceso descentralizador producíronse importantes cambios, que xa non só afectan ao cambio no propio número de empregados de cada administración, senón tamén ás funcións que realizan, que son moi distintas dunha administración a outra. Esta nova realidade ten consecuencias importantísimas para a Función Pública, na medida en que foi callando a idea de que non ten sentido manter un modelo unitario, uniforme e común para realidades que son moi distintas. Entendeuse que o modelo actual é un traxe estreito para todos, para as comunidades autónomas pero tamén para a propia AXE e para o resto de administracións públicas e, a partir de aí, o Estatuto trata de recoñecer espazos para a flexibilidade, para que cada ámbito territorial poida establecer o seu propio modelo de Función Pública adaptado ás súas propias necesidades.

Agora ben, cómpre ser plenamente consciente dos efectos prácticos «perversos» que pode ter a técnica xurídica empregada polo Estatuto para a definición das bases do réxime estatutario e para a determinación temporal do seu alcance. Explícome. Nalgunhas institucións fundamentais para a Función Pública, máis que un lexislador básico atopamos un lexislador meramente programático e de carácter orientador, o que pode crear certo desconcerto. Como sinalou o profesor Jiménez Asensio, en ocasións o Estatuto convértese nunha «norma básica de aplicación diferida e, en consecuencia, incompleta», que se aproxima

paradoxalmente ao xogo de relacións entre as directivas comunitarias e as normas estatais de transposición, na medida en que require para a súa completitude da intervención necesaria do lexislador de desenvolvemento. Mais, a diferenza do que ocorre no ámbito comunitario, o Estatuto non delimita ningún prazo para que as súas previsións sexan despregadas polo correspondente lexislador de desenvolvemento, polo que as interesantes expectativas de cambio de modelo que incorpora o Estatuto poderían verse paralizadas e convertidas en «auga de castañas», se se me permite a expresión, polo mero feito de non proceder á elaboración da correspondente lei de desenvolvemento. Neste caso, a Disposición Final Cuarta despregaría todos os seus efectos.

En segundo lugar, o modelo tamén debe permitir importantes doses de flexibilidade interna na propia xestión dos recursos humanos. Isto vese reflectido, por exemplo, no novo sistema retributivo de complementos variables que permite o Estatuto, na posibilidade de establecer un novo modelo de carreira horizontal que non obrigue ao cambio de posto de traballo ou mesmo na propia inamovibilidade no posto, que agora se supedita á avaliación favorable do seu desempeño. Trátase de modernizar os xa rancios instrumentos de xestión dos recursos humanos ofrecéndolles aos lexisladores de desenvolvemento un importante banco de ferramentas que antes non existían. Agora ben, debemos ser conscientes de que o éxito do modelo depende da confluencia de múltiples factores. Non só deberá acertar o lexislador de desenvolvemento, senón que todo dependerá en última instancia da aplicación que se faga do modelo establecido no texto da lei. A experiencia durante os últimos anos demostrounos claramente que unha cousa é o que di a lei e outra moi distinta a súa aplicación. Boa mostra disto atópase no modelo retributivo establecido polo lexislador do ano 1984, e moi especialmente co complemento de produtividade. A pesar de que o modelo establecido na Lei 30/84 era bastante perfecto, pois permitía retribuír o que o funcionario é, o que o funcionario fai e cómo o fai, a experiencia durante estes 24 anos demostrou, porén, que este sistema retributivo non funcionou correctamente, e non tanto por erros no seu deseño, pois o modelo é bastante perfecto, senón máis ben pola inadecuada aplicación e desnaturalización que se produciu con ocasión da súa posta en funcionamento. Son moitos os problemas que presenta a día de hoxe o sistema retributivo e que convén lembrar para ver de ónde estamos partindo exactamente e, sobre todo, para poder apreciar se o novo modelo que prevé o Estatuto Básico do Empregado Público vai ser capaz de solucionarlos. Como xa dixera no ano 1967 o profesor Alejandro Neto², «el régimen actual de retribuciones es herencia directa del pasado, sin cuya inteligencia habría de resultar incomprensible». Certamente, o Estatuto achega algúns elementos esenciais para realizar unha adecuada política retributiva ao deseñar o novo instrumento da avaliación do desempeño, que permitirá valorar a conduta profesional dos empregados, e ao permitir un novo deseño da carreira horizontal, pero todo dependerá do desenvolvemento que se faga do mesmo e, sobre todo, do uso que despois lle dea a Administración.

Para rematar, o novo modelo debe insistir na necesidade de revalorizar os valores do público. Isto afróntase mediante a regulación por vez primeira no noso ordenamento xurídico dun código de conduta para os empregados co que se pretende aumentar a obxectividade e imparcialidade da actividade administrativa e, sobre todo, mediante a instauración de bases comúns para o réxime de responsabilidade de todos os empregados.

A todo isto habería que sumarlle un motivo máis e, ao meu ver, de enorme transcendencia. Refírome á intención do lexislador de establecer regras comúns para todos os emprega-

dos públicos, con independencia da natureza xurídica do vínculo que os une coa Administración e con independencia da fórmula organizativa que utilice a Administración para o cumprimento das súas tarefas. Trátase de que estas mínimas regras comúns sexan aplicables, en principio, a todo o persoal que preste os seus servizos, xa non só na Administración, senón na totalidade do que se denomina sector público. Isto traduciuse na importante extensión do ámbito de aplicación do Estatuto a todas as formas de personificación pública vinculadas ou dependentes dunha administración (aínda que segue a haber importantes excepcións) e na aplicación do código de conduta e dos principios reitores do acceso á Administración a todo o que se denomina o sector público.

Neste sentido atopámonos cunha das principais achegas da nova normativa. Efectivamente, o Estatuto parte dunha visión integral do emprego na Administración e contempla de igual forma as normas especiais que deben resultar tamén aplicables ao persoal laboral da Administración. A nova norma non se limita, pois, a ser o estatuto dos funcionarios públicos, senón que vai máis alá e álzase como o Estatuto de todos os empregados públicos no seu conxunto, concepto este que integra tamén o persoal vinculado á Administración en virtude dun contrato de traballo. Todo aquilo que debe ser común a calquera empregado que preste os seus servizos nunha Administración Pública, con independencia da natureza laboral ou funcionarial do vínculo que mantén coa Administración, pasa a configurarse como obxecto do Estatuto.

É unha solución moi razoable de cuxa necesidade xa alertara a doutrina. Nos últimos anos, efectivamente, a propia realidade dos feitos encargouse de demostrar que o Dereito da Función pública e o Dereito Laboral non poden permanecer como compartimentos estancos, senón que cada unha destas ramas xurídicas foi progresivamente incorporando algunhas das vantaxes típicas da outra ata confluíren nun só texto que contén todas estas especialidades.

A contratación de persoal laboral produciuse inicialmente de forma completamente discrecional, tendo en conta que o artigo 7 da lei de 1964 unicamente prevía para a súa contratación a previa autorización regulamentaria. No entanto, a nosa xurisprudencia puxo de manifesto que resulta completamente imposible unha total aplicación das normas privadas no eido do emprego público. A natureza pública da Administración e o seu servizo aos intereses xerais impediron asimilar a figura da Administración á de calquera empresario privado. Os principios constitucionais de igualdade, mérito, capacidade e publicidade xustificaron unha modulación —ás veces inaplicación— de diversos preceptos do Estatuto dos Traballadores. En concreto, estas especialidades impediron que no suposto de contratación temporal irregular o contrato se puidese converter en fixo de persoal, tal como sanciona o artigo 15 do Estatuto dos Traballadores, ou que naqueles supostos en que o despedimento fose declarado nulo ou improcedente puidese producirse a reincorporación do traballador á Administración e a adquisición da condición de fixo de persoal, tal como dispoñen os artigos 55 e 56 do Estatuto dos Traballadores, ou que se establezan tamén peculiaridades nos supostos en que a Administración exercita a súa *ius variandi* e lle atribúe ao traballador funcións de categoría superior.

Estas especialidades, con todo, presentaban importantes problemas de lexitimación. Todas elas estaban sendo introducidas por obra da xurisprudencia e, ata o momento, sen ningún apoio legislativo. Ao meu ver, iso podía provocar un serio problema de compatibilidade co principio de legalidade, que neste caso e tal como dispón o artigo 7 da Lei de funcionarios de 1964, esixe que a Administración se someta integramente ao Dereito Laboral cando

actúa como empresario e celebra un contrato de traballo. Doutra banda, e o que podía resultar aínda máis comprometido, estas especialidades estaban motivando a aparición dunha relación de traballo especial «parestatutaria» para o persoal laboral da Administración, un novo réxime xurídico mixto para os seus traballadores, dacabalo entre as normas administrativas e as normas laborais, que non tiña ningunha expresa previsión normativa e que se caracterizaba polo sometemento do traballador da Administración ao Dereito Laboral e, en boa parte, tamén ao Dereito Público.

Pois ben, ao meu entender, esta é unha das principais achegas do novo Estatuto Básico do Empregado Público: darlle cobertura legal a esta relación laboral de carácter especial que se veu forxando devagariño durante todos estes anos. O Estatuto erixese como principal fonte do Dereito para o persoal laboral. Só no non disposto no Estatuto básico, que regula as especialidades do emprego público na Administración e configura o que podería denominarse unha «relación laboral especial», deberá aplicarse a lexislación laboral común e o seu propio sistema de fontes.

Noutras ocasións, estes mesmos principios e estas especialidades da Administración traducíronse nunha atracción da normativa laboral cara ao ámbito do público e nunha regulación unitaria, e en ocasións paralela, de ambas as modalidades de persoal. Isto é o que ocorreu, por exemplo, en materia de acceso á Administración; ámbito no que o lexislador se viu xa obrigado a introducir exactamente os mesmos procedementos para a selección do persoal, con total independencia da natureza do seu vínculo coa Administración. O mesmo ocorreu en materia de incompatibilidades, aínda que esta vez foi o principio de eficacia da actuación administrativa o que xustificou a introdución do mesmo réxime xurídico para todo o persoal da Administración.

Outras veces foi a propia natureza dos fondos cos que se xestiona o emprego público e a función de dirección da actividade económica do Estado (art. 149.1.13 da Constitución) o que motivou a inaplicación do Dereito Laboral neste ámbito. Ao provir o diñeiro dos orzamentos públicos e ao teren atribuída as Cortes Xerais a potestade soberana para aprobar as distintas partidas orzamentarias, foi preciso fixar uns topes máximos salariais tamén para a negociación colectiva, así como o establecemento dun procedemento de natureza pública inzado de controis e autorizacións gubernativas que son absolutamente descoñecidos no ámbito das relacións laborais.

En definitiva, pois, a experiencia mostrounos que nin sequera para o persoal laboral é constitucionalmente posible unha aplicación íntegra do Dereito do Traballo na Administración. Necesariamente teñen que existir determinadas especialidades que xustifican perfectamente a inserción de normas de Dereito Público neste eido. Isto foi razón de suficiente peso para que nestes anos o lexislador considere oportuno regular de forma paralela e nun mesmo texto legal importantes aspectos do seu réxime xurídico.

Non obstante, a constatación desta realidade non sería suficiente para explicar a decisión do lexislador estatutario de avanzar cara ao establecemento dunha categoría única de empregados públicos. Isto só nos explica que se recoñeceu expresamente a relación laboral para este tipo de empregados.

Que se dese un paso máis e se optase finalmente por unha regulación conxunta de funcionarios e laborais só resulta entendible se se teñen en conta os transcendentais cambios que de forma paralela se estaban a producir no réxime funcionarial. Deuse unha tendencia cara á laboralización da Función Pública que se ve reflectida, xa non só na incorporación á

Administración de persoal laboral, senón na adopción no réxime estatutario de institucións procedentes do ámbito laboral que ocasionaron unha profunda desvirtuación dos postulados teóricos da relación estatutaria. O recoñecemento aos funcionarios do dereito fundamental de sindicación desde o propio Texto Constitucional, e dos dereitos de folga e de negociación colectiva nos textos legais, supuxo un auténtico revés para a concepción clásica estatutaria e as bases ideolóxicas que non só a sustentaran, senón que permitiran ademais xustificar o sometemento dos funcionarios a un réxime xurídico particular completamente distinto do aplicable no ámbito privado.

Pois ben, visto que o réxime funcional tendeu a laborizarse e comprobado que o réxime laboral aplicable á Administración propende a administrativizarse, parecía lóxica a confluencia destes dous procesos nun estatuto único, que é o que veu facer o novo Estatuto Básico.

Ante este panorama, non tería sentido, daquela, seguir distinguindo entre funcionarios e laborais para referirse ao persoal da Administración e ao vínculo que os une con esta coma se de dúas realidade completamente diferentes se tratase. O razoable, pola contra, é seguir avanzando nesa tendencia cara á regulación conxunta das condicións de traballo e, xa que logo, cara ao establecemento dunha única categoría xeral de empregados públicos para que, a partir da mesma, se poidan despois individualizar aqueles aspectos do réxime xurídico de cada unha destas modalidades de persoal, en atención fundamentalmente ao distinto encadramento constitucional que posúe cada unha delas: o artigo 103.3 para os funcionarios públicos e o artigo 35.2 para os traballadores da Administración, ambos sometidos a reserva de lei e á competencia exclusiva do Estado (art. 149.1.18 e 149.1.7), aínda que con distinto alcance.

E esta é a idea esencial que transcendeu ao novo Estatuto Básico, que no canto de utilizar a técnica de estenderlle ao persoal laboral importantes aspectos do réxime xurídico funcional, tal como ata agora viña realizando o lexislador, **decidiu cimentar un novo concepto, o de empregado público**, para referirse de forma global a todos aqueles empregados que desempeñan funcións retribuídas nas administracións públicas ao servizo dos intereses xerais (art. 8 do Estatuto): ao funcionario de carreira, aos funcionarios interinos, ao persoal laboral e ao persoal eventual. Esta técnica e este novo concepto vai permitir someter a todos eles ao mesmo réxime en aspectos esenciais do seu réxime xurídico, como acontece, por exemplo, en materia de deberes, principios éticos e código de conduta, na súa responsabilidade disciplinaria ou no recoñecemento de dereitos individuais, agás no recoñecemento do dereito á inamovibilidade na condición de funcionario, que queda reservado exclusivamente aos funcionarios públicos.

Agora ben, aínda que esta solución parece bastante razoable, presenta importantes problemas teóricos e ata prácticos. Por unha banda, esta concepción do traballador da Administración como «empregado público» fixo xurdir a dúbida razoable de se poden agora as comunidades autónomas entrar a regular esta figura, pois, como é sabido, en materia de relacións laborais o Estado ten a competencia exclusiva para a lexislación laboral (art. 149.1.7 da Constitución) e o papel das comunidades autónomas queda limitado exclusivamente á súa execución. As súas posibilidades de actuación son, logo, considerablemente máis limitadas que en materia funcional.

Por outra parte, aparece o nada desdeñable problema de afrontar a distinción entre ambas as natureza, a funcional e a laboral, porque tal como acabamos de dicir, a pesar

do tratamento conxunto e unitario que do empregado público se fai no Estatuto, despois cada unha destas categorías de persoal contén as súas propias especialidades, o seu propio réxime e sométese a xurisdicións diferentes. E esta é outra das materias que máis novidades e problemas pode presentar: a delimitación entre os postos de traballo que deben ser desenvolvidos polos funcionarios e os que o poden ser polo persoal laboral, ou o que é o mesmo, os lindes entre o Dereito Laboral e o Dereito Administrativo.

O aspecto máis novo, sen dúbida, vén dado polo establecemento dunha reserva expresa de funcións a este tipo de empregados públicos. O parágrafo segundo do artigo 9 do Estatuto Básico, efectivamente, resérvalles en exclusiva aos funcionarios públicos o exercicio de funcións **«que impliquen a participación directa ou indirecta no exercicio de potestades públicas ou na salvagarda dos intereses xerais do Estado e das administracións públicas»** nos termos que na lei de desenvolvemento de cada Administración Pública se estableza.

Encontrámonos, tal como pode apreciarse, ante un concepto xurídico indeterminado cuxa concreción final se deixa depender do desenvolvemento legal que posteriormente se realice para cada ámbito territorial e que pode suscitar importantes problemas, non só teóricos, senón prácticos.

Efectivamente, atopámonos con que o establecemento dunha reserva de funcións é algo alleo á nosa tradición funcional, polo menos o seu establecemento en termos tan explícitos, pola simple razón de que sempre foi a regra xeral. Así o interpretou ben cedo a STC 99/1987, do 11 de xuño. Recordemos que a redacción orixinaria do artigo 15 da Lei de medidas foi impugnada ante este Tribunal porque lle atribuíu á Administración a función de especificar «aqueles postos que, en atención á natureza do seu contido, se reservan a funcionarios». Aínda que a anulación da redacción deste precepto foi pola existencia dunha reserva de lei nesta materia, que o novo Estatuto respecta por completo, non debemos esquecer que na mesma Sentenza, no seu fundamento 3.c), recoñeceu o 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». A opción xenérica polo réxime estatutario resulta dificultosamente compatible co establecemento dunha reserva, aínda que só o sexa a efectos meramente teóricos e terminolóxicos.

Unicamente no ámbito local existía de certo unha reserva expresa para o exercicio de funcións no artigo 92 da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das Bases de Réxime Local. Segundo o devandito precepto, quedábanlle reservadas exclusivamente ao persoal suxeito ao estatuto funcional as funcións que impliquen exercicio de autoridade, as de fe pública e asesoramento legal preceptivo, as de control e fiscalización interna da xestión económico-financeira e orzamentaria, as de contabilidade e tesourería e, en xeral, aquelas que en desenvolvemento da presente lei se reserven aos funcionarios para a mellor garantía da obxectividade, imparcialidade e independencia no exercicio da súa función (STC do 14 de febreiro do 2002).

Para os demais ámbitos territoriais, só indirectamente e a través de indicios podíamos concluír a necesidade de que determinados tipos de tarefas debían ser desenvolvidas por funcionarios. Así podería deducirse, por exemplo, da prohibición establecida para as sociedades mercantís e para as fundacións do sector público —que se nutren integramente de persoal laboral— de exercitar potestades públicas ou funcións que impliquen exercicio de autoridade. Non entanto, non existía un precepto similar que establecese a necesaria identificación

entre potestades públicas e o seu exercicio por funcionarios públicos. O máis aproximado foi o establecemento de previsións explícitas que someten o exercicio deste tipo de potestades ao Dereito Administrativo. Boa proba disto atopámola no ámbito da administración instrumental, onde existen numerosos organismos autónomos, entidades públicas empresariais, algunhas das novas axencias públicas e a maior parte de entidades sometidas ao seu especial réxime xurídico que exercitan importantes funcións públicas para as cales unicamente existe a garantía de sometemento ao Dereito Administrativo no seu exercicio, pero que non se reservan aos seus funcionarios. Isto leva a que na práctica non sexa de todo inusual o exercicio das mesmas por persoal contratado laboral.

Maíor grao de aproximación implícita a esta reserva, non obstante, podíamos atopar na letra c) do artigo 15 da Lei de medidas, coas reformas introducidas pola Lei 23/1988 por mor da Sentenza do Tribunal Constitucional 99/1987, do 11 de xuño. En definitiva, o artigo 15 límitase a establecer que, con carácter xeral, os postos de traballo na Administración do Estado e os seus organismos autónomos, así coma os das Entidades Xestoras e Servizos Comúns da Seguridade Social, serían desempeñados por funcionarios públicos. Sendo esta a regra xeral de ocupación de postos na Administración, contemplábase expresamente unha listaxe de postos que poden ser desempeñados por persoal laboral. A partir de tal listaxe podíase implicitamente colixir que o exercicio de potestades públicas e a salvagarda do interese xeral debían corresponder necesariamente a persoal funcional.

Pero iso, como digo, só se podía deducir da análise da listaxe de funcións e tampouco pode dicirse que resultase concluínte na medida en que esta norma non tiña carácter básico e que cada comunidade autónoma podía mediante unha lei adoptar outros criterios diferentes. A única esixencia era, xa que logo, que a ocupación de postos por persoal que non tivese a condición de funcionario se realizase a través dunha lei, xa fose esta estatal ou autonómica. A partir de aí, e coa correspondente habilitación legal, nada impedía que potestades públicas puidesen ser exercidas por persoal laboral, tal como, por outra banda, sucede no ámbito dalgunhas entidades públicas empresariais ou axencias públicas e na maior parte dos entes que conforman a denominada administración independente.

Por outra banda, o establecemento dunha reserva de funcións para o persoal funcional tamén presenta importantes problemas prácticos para a súa concreción. Do teor literal do precepto parece derivarse que non se trata sen máis do exercicio de calquera función pública, senón exclusivamente daquelas que implican o exercicio «de potestades públicas» ou de «poder público», tal como se menciona no artigo 57.1 do Estatuto, o que ao noso parecer, polo menos debería situarnos directamente no plano daquel tipo de actividade administrativa que implica o exercicio fronte a terceiros de prerrogativas ou poderes exorbitantes respecto aos que posúe calquera suxeito privado. Non obstante, delimitar exactamente sobre que tipo de empregados recae esta tarefa non é sinxelo, tendo en conta que resulta moi difícil poder marcar unha liña divisoria entre o que sería o exercicio estrito deste tipo de funcións e as tarefas de auxilio ou colaboración cos mesmas que poderían realizar outros empregados, pero que tamén poden resultar imprescindibles para o adecuado exercicio daquelas e que, en consecuencia, tamén se poderían considerar incluídas nesta cláusula como «participación indirecta» no exercicio das potestades administrativas.

Pola contra, a súa utilización parece situarnos novamente ante a antiga polémica verbo dos límites de aplicación do Dereito Administrativo, a vella distinción entre actos de autoridade e actos de xestión elaborada ao longo do século XIX, e ante a teoría formulada por

HAURIOU respecto do criterio da prerrogativa, en cuxa virtude, as normas administrativas deberían aplicarse unicamente cando a Administración actuase revestida de *imperium*, investida de poder ou autoridade e a través de medios xurídicos excepcionais ou exorbitantes respecto dos propios do Dereito Civil.

En calquera caso, a responsabilidade de realizar este complicado labor interpretativo vai recaer no lexislador estatal de desenvolvemento e nos autonómicos, que deberán especificar que tipo concreto de funcións poden resultar encadradas nestas dúas categorías conceptuais, tendo moi presente a interpretación dos devanditos conceptos que realice a xurisprudencia comunitaria. E é aquí onde atopamos o terceiro gran problema que pode presentar esta cláusula, debido á orixe comunitaria da reserva e ás súas importantes consecuencias prácticas.

O feito de que se vinculase o requisito da nacionalidade con esta reserva non é senón un reflexo da orixe comunitaria da devandita cláusula e, daquela, a el teremos que remitirnos tamén para acercarnos á súa interpretación. Desde moi cedo a xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea vén restrinxindo considerablemente o concepto de emprego na Administración para favorecer o ámbito de aplicación do principio da libre circulación de traballadores.

Como é sabido, o actual artigo 39.4 do Tratado Constitutivo da Comunidade Europea (antigo 48.4) permite a posibilidade de que os Estados membros poidan establecer limitacións a este principio e excluír da libre circulación de traballadores os empregos na Administración Pública. A partir de aí, a xurisprudencia do Tribunal de Xustiza vén realizando unha interpretación funcional do que deba entenderse por empregos na Administración Pública, limitándoo única e exclusivamente a aqueles empregos que supoñan unha participación no exercicio de poder público e que teñen por obxecto a salvagarda dos intereses xerais do Estado ou das administracións públicas.

Segundo a xurisprudencia do Tribunal de Xustiza, efectivamente, o concepto de Administración Pública para os efectos do artigo 39, apartado 4, debe interpretarse e aplicarse uniformemente en toda a Comunidade e non é posible, polo tanto, deixalo á absoluta discreción dos estados membros. A partir de aí, o Tribunal reiterou que esta disposición se refire aos «empregos que implican unha participación, directa ou indirecta, no exercicio do poder público e nas funcións que teñen por obxecto a salvagarda dos intereses xerais do Estado e das demais entidades **públicas e que supoñen, pois, por parte dos seus titulares, a existencia dunha relación particular de solidariedade co Estado, así como a reciprocidade de dereitos e deberes que son o fundamento do vínculo de nacionalidade**» (Sentenzas do 30 de setembro de 2003, asunto Ander e outros, C-4702; do 31 de maio de 2001, asunto C-28399, e do 2 de xullo de 1996, C-29094, entre outras moitas).

Estamos, logo, ante unha definición que foi establecida pola xurisprudencia comunitaria cun claro carácter funcional e para evitar que os Estados puidesen limitar excesivamente a libre circulación de traballadores acudindo á excepción dos «empregos na Administración».

Convén ter en conta a evolución que nesta materia se produciu nos últimos anos. En desenvolvemento da xurisprudencia comunitaria sinaláronse inicialmente determinados sectores de actividade incardinados dentro da Función Pública aos que lles sería aplicable a liberdade de circulación de traballadores. Abríanse a nacionais doutros Estados comunitarios **o sector investigador, docente, de correos, asistencia e aquel outros aos que segundo o Dereito Comunitario lles fose aplicable a libre circulación de traballadores**. Posteriormente adoptouse un criterio diferente, de tal forma que a Lei 17/1993, do

23 de decembro, modificada pola Lei 55/1999, do 29 de decembro, dispuxo como regra xeral o acceso dos nacionais dos estados membros da Unión Europea en condicións de igualdade a todos os empregos públicos, «salvo que impliquen unha participación directa ou indirecta no exercicio do poder público e se trate de funcións que teñen por obxecto a salvagarda dos intereses do Estado ou das administracións públicas». Aparece así recollida expresamente e por vez primeira nunha norma con rango de lei e carácter básico esta cláusula que agora nos ocupa.

En desenvolvemento desta lei, o *Real Decreto 543/2001, do 18 de maio, sobre acceso ao emprego público da Administración Xeral do Estado e os seus Organismos Públicos de nacionais doutros Estados aos que é de aplicación o dereito á libre circulación de traballadores*, veu concretar para o ámbito estatal aqueles Corpos e Escalas excluídos do ámbito da libre circulación e para os que se seguía esixindo a posesión da nacionalidade española por implicar unha participación no exercicio do poder público e na salvagarda dos intereses do Estado. Esta norma pódenos dar a pista de qué tipo de funcións deben quedar en todo caso reservadas aos funcionarios públicos españois³. A partir da entrada en vigor desta norma, estes postos explicitados no anexo deste Real Decreto quedaban inquebrantablemente reservados a funcionarios e non facía falla considerar ningunha outra previsión porque o acceso á condición de funcionario esixe a posesión da nacionalidade española (art. 30.1.a da Lei de funcionarios de 1964).

Ata aquí o tratamento que se fixo na normativa española do requisito da nacionalidade. **O salto cualitativo prodúcese cando o art. 9.2 do Estatuto eleva esta cláusula funcional, establecida pola xurisprudencia comunitaria e adoptada na nosa lexislación unicamente para xustificar o mantemento do requisito da nacionalidade para o acceso á condición funcional, como unha categoría xeral definidora e delimitadora da figura do funcionario de carreira.**

A partir de aí, o establecemento da reserva podería chegar a causar, ao meu entender, algunhas contrariedades. O Estatuto dá pé á configuración de dous núcleos distintos de funcións públicas para os funcionarios ao deslindar un núcleo reducido, que concentra as funcións que implican o exercicio de «poder público» ou salvagarda de intereses xerais, que recaerá necesariamente nas mans de **funcionarios con nacionalidade española**, e o resto de funcións públicas, que poden ser desenvolvidas por funcionarios aos que xa non se lles esixe o requisito da nacionalidade e se lles aplica directamente o principio comunitario da libre circulación de traballadores (art. 57). A partir de aí podemos atopar un panorama un chisco difícil de xestionar, sobre todo se temos en conta que esta reserva explícita pode ter consecuencias xurídicas que non só se limitan ao establecemento de requisitos diferentes para o acceso.

Efectivamente, a este pequeno núcleo de funcións só poden acceder nacionais españois. O resto de postos funcionariais que sexan así configurados polas leis correspondentes poden ser ocupados por nacionais doutros estados da Unión Europea. No entanto, estoutros funcionarios comunitarios non van ter necesariamente as mesmas **posibilidades de promoción no seo da carreira administrativa iniciada**, tendo en conta que van chocar cun importante número de postos de traballo aos que non poderán acceder por faltarlles o requisito da nacionalidade. E non obstante, a progresión na carreira profesional e promoción interna segundo os principios constitucionais de igualdade, mérito e capacidade configúrase como un dos dereitos individuais dos empregados públicos (art. 14.c e art. 16.1) e como un dos fundamentos inspiradores do Estatuto (art. 1.3.b).

En definitiva, pois, pódese concluír que o lexislador partiu da constatación dunha realidade: a existencia dunha dualidade de réximes xurídicos na Administración, que nalgúns ámbitos supera mesmo ao persoal funcional, e a constatación de que esta situación, tal como puxo de manifesto o Informe da Comisión para o Estudo e Preparación do Estatuto, non ten trazas de desaparecer, dada a importante dose de flexibilidade que o réxime laboral permite introducir na xestión dos recursos humanos e dada a súa maior proximidade aos criterios de xestión da empresa privada, o que explica a súa preferencia en determinadas áreas da Administración.

Ante isto adoptou a postura máis razoable: o achegamento, na medida do posible, dos dous réximes xurídicos e a cobertura legal das especialidades que presenta a regulación do persoal laboral na Administración. Tentou reordenar a delicada cuestión relativa ás fronteiras entre ambas as naturezas de persoal recorrendo á técnica da reserva de funcións que implican o exercicio de autoridade ou a salvagarda dos intereses xerais para os funcionarios públicos. A intención é sumamente loable, porque polo menos supón o establecemento dun criterio mínimo básico e de obrigado cumprimento para os lexisladores autonómicos que antes non existía. Con todo, a súa posta en práctica nace xa viciada por non ser aplicable ás entidades onde máis falta faría (refírome aos organismos reguladores da Disposición Adicional Décima da LOFAGE polas importantes funcións públicas que desempeñan) e polos nada desdeñables problemas teóricos e mesmo prácticos que pode ocasionar a concreción desta cláusula.

Pero aquí non acaban os problemas. O persoal laboral que desempeñe postos de traballo reservados a funcionarios poderá seguir desenvolvendo as súas mesmas funcións, aínda que se prevé a posibilidade de iniciar de novo procesos de funcionarización de persoal semellantes aos previstos na DT 15 da Lei de medidas, aínda que esta vez a través de procedementos selectivos de promoción interna, tal como prevé a Disposición Transitoria Segunda. Abonda lembrar, e con isto xa remato, os importantes problemas de compatibilidade cos principios constitucionais de acceso á Administración, e sobre todo co principio de igualdade, que os mesmos suscitaron e que deron lugar a importantes pronunciamentos do Tribunal Constitucional.

En definitiva, o Estatuto achega importantes retos estratéxicos en materia de recursos humanos para a axenda das administracións públicas. Móstrárenos como unha nova peza fundamental do sistema de fontes do emprego público. Agora ben, a súa importancia non radica tanto no contido concreto que incorpora, que en ocasións é meramente programático e dependerá do contido que lle dea o lexislador de desenvolvemento, senón sobre todo, e moi especialmente, das interesantes expectativas que abre e que deberá aproveitar o lexislador de desenvolvemento para darlle contido real a unha auténtica reforma do emprego público e conseguir un modelo de emprego público adaptado ás necesidades cada vez máis esixentes da sociedade do século XXI.

Hai que ser plenamente conscientes de que a posta en marcha do Estatuto é unha cuestión eminentemente complexa que require un cambio de cultura. O Estatuto abre unha longa cadea de cambios de gran transcendencia na Administración Pública, que afectan non só aos empregados públicos senón á propia capacidade organizativa da Administración e mesmo á calidade das políticas e servizos públicos. Por iso dificilmente terá posibilidades de éxito se non se presenta dentro dun marco estratéxico axeitado e vai acompañado dun cambio na cultura, na visión, nas formas de pensar e de facer as cousas. Imprescindible resultará que

exista un forte liderado, non só por parte dos directivos públicos, que deberían ser os verdadeiros protagonistas destes cambios a fío que posibilita o Estatuto, senón tamén, e fundamentalmente, por parte dos nosos políticos, pois os réditos e beneficios que poida producir o novo modelo de recursos humanos que se instaure só se verán a medio ou longo prazo.

Notas

¹ Segundo os datos obtidos do Boletín Estatístico do Pexsoal ao Servizo das Administracións Públicas de xaneiro de 2008.

² «La retribución de los funcionarios en España. Historia y actualidad». *Revista de Occidente*.1967.

³ Así, por exemplo, no Ministerio de Administracións Públicas resérvase a Escala de Funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional; no Ministerio de Xustiza, o Corpo de Avogados do Estado; no Ministerio do Interior, o Corpo de Axudantes de Institucións Penais; no Ministerio de Traballo e Seguridade Social, o Corpo de Subinspectores de Emprego e Seguridade Social; no Ministerio de Asuntos Exteriores, a Carreira Diplomática; no Ministerio de Facenda, o Corpo Superior de Interventores e Auditores do Estado e o Corpo de Xestión da Facenda Pública. Este Real Decreto, no entanto, enténdese derogado en virtude do apartado d) da Disposición Derrogatoria Única.