

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

El Estatuto Básico del Empleado Público: balance y perspectivas



Contribución a las Jornadas
«Las Administraciones Públicas Son Personas. Hacia el Empleo Público del Siglo XXI».
Santiago de Compostela, 27 y 28 de noviembre del 2008.

A día de hoy resulta ciertamente complicado realizar un balance del Estatuto Básico del Empleado Público pues, como es sabido, se trata simplemente de la primera pieza del gran puzzle del empleo público. La composición final del puzzle dependerá del desarrollo legislativo que se realice y, sobre todo, de la aplicación que finalmente se acabe realizando del mismo.

Ahora bien, sí podemos intentar realizar una primera aproximación a las circunstancias y factores que han intervenido en el proceso de gestación del Estatuto Básico para así tratar de prever su evolución, lo que nos obligaría a analizar las razones de esta ley, esto es, a intentar contestar a la siguiente pregunta: ¿por qué en el año 2007 ha querido el legislador regular el Estatuto Básico del Empleado Público, cuáles han sido sus objetivos?

La primera respuesta, la más inmediata, es la relativa al cumplimiento del mandato constitucional. El Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril, viene a dar cumplimiento al mandato establecido en el artículo 103.3 del Texto Constitucional que, como es sabido, contiene una remisión al legislador para la regulación del estatuto de los funcionarios públicos. Hasta ahora, y durante prácticamente 30 años, ya habíamos contado con la correspondiente legislación contenida en diversos textos legales, con la que indirectamente se estaba dando cumplimiento a este mandato constitucional (Ley de funcionarios de 1964, Ley 30/84 de Medidas para la reforma de la función pública, ley 53/84 de incompatibilidades, Ley 9/87 de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las administraciones, así como otras tantas normas reglamentarias de desarrollo). Ello nos indica que, a pesar de lo dispuesto en la Exposición de Motivos de la ley, esta no ha debido ser la única finalidad del Estatuto, pues perfectamente podríamos haber aguantado otros tantos años más con esta misma regulación.

Con su elaboración tampoco se ha pretendido exclusivamente simplificar y sistematizar la prolija legislación vigente para conseguir mayores dosis de seguridad jurídica. Si este hubiera sido el único objetivo hubiera sido más fácil conseguirlo a través de una delegación legislativa al Gobierno para la elaboración de un texto refundido de normas básicas funcionariales, tal como ha realizado, por ejemplo, el legislador gallego a través del Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de Galicia. Han sido, además, otras razones de peso las que han llevado a su elaboración.

Efectivamente, conviene tener presente la situación de partida. La Ley 30/1984, Ley de Medidas, fue elaborada con un marcado carácter provisional y con la intención de adaptar de forma inmediata las antiguas normas funcionariales al nuevo modelo de Estado descentralizado hasta tanto no se desarrollara en su integridad el mandato constitucional. Acontece, sin embargo, que el modelo actual de desarrollo del Estado autonómico poco o nada tiene que ver con el que estaba empezando apenas a gestarse a principios de los años ochenta. Nos encontramos en la actualidad con un modelo de Estado altamente descentralizado. Dato significativo es que de los 2 582 846 empleados de las Administraciones Públicas que existen en la actualidad¹, sólo un 21,7% permanecen en la Administración General del Estado (561 551 empleados, incluyendo al personal de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al de la Administración de Justicia y a sus organismos públicos). En una proporción similar —o incluso mayor— nos encontramos a los funcionarios locales, que con 623 214 empleados representan un 24,1% del total de los efectivos de las Administraciones. El resto, 1 300 232 empleados, son empleados de las Administraciones Autonómicas, que representan un 50,4% de los efectivos del personal.

Ello ya nos apunta a dos ideas esenciales que han estado muy presentes en la mente del legislador del año 2007. Por una parte, el modelo actual de función pública ya no puede ser un modelo que toma como única referencia al funcionario de la AGE, tal como prácticamente ha sucedido hasta ahora y, por otra, la necesidad de establecer un sistema que permita mayores dosis de flexibilidad para la construcción de modelos propios de función pública.

Tampoco puede desconocerse que el Estatuto pretende ser también un reflejo de los importantes cambios y transformaciones que en los últimos años se han producido en las propias funciones que realizan las Administraciones Públicas, sobre todo las autonómicas. Son cada vez más numerosas las demandas de los ciudadanos de mayores prestaciones y servicios de calidad y tampoco son los mismos los intereses y las demandas de los empleados públicos actuales (que ya poco tienen que ver con la idea del espíritu del servicio y de identificación con las tareas públicas que en buena parte condicionaron la gestación del régimen estatutario funcional a lo largo del siglo pasado).

Estos desajustes provocan grandes disfunciones en la Administración que se acaban trasladando a los ciudadanos (deterioro de políticas y servicios públicos) y muy especialmente a los empleados públicos. Ello se traduce en un importante problema de desmotivación y falta de incentivos para los funcionarios públicos, en un alto porcentaje de absentismo laboral, falta de oportunidades, falta de implicación del empleado en las políticas de su Administración, retribuciones inadecuadas, etc. Ante ello, parece una necesidad la elaboración de un nuevo marco que sea capaz de impulsar un modelo distinto de recursos humanos en la Administración más moderno y flexible. Se trataría, en definitiva, de un nuevo modelo que ha de basarse en las siguientes claves:

En primer lugar, en el diseño de un marco normativo de mínimos que reconozca después a todas las Administraciones territoriales la posibilidad de adaptar su modelo de función pública a sus propias peculiaridades (flexibilidad externa del sistema). La reforma se hace, y así lo especifica claramente su Exposición de Motivos, con la intención de flexibilizar el régimen jurídico de los funcionarios mediante la apertura de mayores espacios a la diversidad, lo que supone automáticamente una disminución de las bases. Esto es así porque, tal como acabamos de apuntar, con el desarrollo del proceso descentralizador se han producido importantes cambios, que ya no sólo afectan al cambio en el propio número de empleados de cada Administración, sino también a las funciones que realizan, que son muy distintas de una Administración a otra. Esta nueva realidad tiene consecuencias importantísimas para la función pública, en la medida en que ha ido cuajando la idea de que no tiene sentido mantener un modelo unitario, uniforme y común para realidades que son muy distintas. Se ha entendido que el modelo actual es un traje estrecho para todos, para las Comunidades Autónomas pero también para la propia AGE y para el resto de Administraciones Públicas y, a partir de ahí, el estatuto trata de reconocer espacios para la flexibilidad, para que cada ámbito territorial pueda establecer su propio modelo de función pública adaptado a sus propias necesidades.

Ahora bien, hay que ser plenamente consciente de los efectos prácticos «perversos» que puede tener la técnica jurídica empleada por el Estatuto para la definición de las bases del régimen estatutario y para la determinación temporal de su alcance. Me explico. En algunas instituciones fundamentales para la función pública, más que un legislador básico nos encontramos con un legislador meramente programático y de carácter orientador, lo que puede crear cierto desconcierto. Como ha señalado el profesor Jiménez Asensio, en ocasiones el Estatuto se convierte en «una norma básica de aplicación diferida y, en consecuencia, incom-

pleta», que se aproxima paradójicamente al juego de relaciones entre las directivas comunitarias y las normas estatales de transposición, en la medida en que requiere para su complejidad de la intervención necesaria del legislador de desarrollo. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito comunitario, el Estatuto no delimita ningún plazo para que sus previsiones sean desplegadas por el correspondiente legislador de desarrollo, por lo que las interesantes expectativas de cambio de modelo que incorpora el Estatuto podrían verse paralizadas y convertidas en «agua de borrajas», si se me permite la expresión, por el mero hecho de no proceder a la elaboración de la correspondiente ley de desarrollo. En este caso, la Disposición Final Cuarta desplegaría todos sus efectos.

En segundo lugar, el modelo también debe permitir importantes dosis de flexibilidad interna en la propia gestión de los recursos humanos. Ello se ve reflejado, por ejemplo, en el nuevo sistema retributivo de complementos variables que permite el Estatuto, en la posibilidad de establecer un nuevo modelo de carrera horizontal que no obligue al cambio de puesto de trabajo o hasta en la propia inamovilidad en el puesto, que ahora se supedita a la evaluación favorable de su desempeño. Se trata de modernizar los ya rancios instrumentos de gestión de los recursos humanos ofreciendo a los legisladores de desarrollo un importante banco de herramientas que antes no existían. Ahora bien, hemos de ser conscientes de que el éxito del modelo depende de la confluencia de múltiples factores. No sólo deberá acertar el legislador de desarrollo, sino que todo dependerá en última instancia de la aplicación que se haga del modelo establecido en el texto de la ley. La experiencia durante los últimos años nos ha demostrado claramente que una cosa es lo que dice la ley y otra muy distinta su aplicación. Buena muestra de ello se encuentra en el modelo retributivo establecido por el legislador del año 1984 y muy especialmente con el complemento de productividad. A pesar de que el modelo establecido en la Ley 30/84 era bastante perfecto, pues permitía retribuir lo que el funcionario es, lo que el funcionario hace y cómo lo hace, la experiencia durante estos 24 años ha demostrado, sin embargo, que este sistema retributivo no ha funcionado correctamente, y no tanto por errores en su diseño, pues el modelo es bastante perfecto, sino más bien por la inadecuada aplicación y desnaturalización que se ha producido con ocasión de su puesta en funcionamiento. Son muchos los problemas que plantea a día de hoy el sistema retributivo y que conviene recordar para ver de dónde estamos partiendo exactamente y, sobre todo, para poder apreciar si el nuevo modelo que prevé el Estatuto Básico del Empleado Público va a ser capaz de solucionarlos. Como ya dijera en el año 1967 el profesor Alejandro Nieto², «el régimen actual de retribuciones es herencia directa del pasado, sin cuya inteligencia habría de resultar incomprensible». Ciertamente el Estatuto aporta algunos elementos esenciales para realizar una adecuada política retributiva, al diseñar el nuevo instrumento de la evaluación del desempeño, que permitirá valorar la conducta profesional de los empleados, y al permitir un nuevo diseño de la carrera horizontal, pero todo dependerá del desarrollo que se haga del mismo y, sobre todo, del uso que después realice la Administración.

Por último, el nuevo modelo debe insistir en la necesidad de revalorizar los valores de lo público. Ello se afronta mediante la regulación por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico de un código de conducta para los empleados con el que se pretende aumentar la objetividad e imparcialidad de la actividad administrativa y, sobre todo, mediante la instauración de bases comunes para el régimen de responsabilidad de todos los empleados.

A todo ello habría que sumar un motivo más y, a mi juicio, de enorme trascendencia. Me refiero a la intención del legislador de establecer reglas comunes para todos los empleados

públicos, con independencia de la naturaleza jurídica del vínculo que los une con la Administración y con independencia de la fórmula organizativa que utilice la Administración para el cumplimiento de sus tareas. Se trata de que estas mínimas reglas comunes sean aplicables, en principio, a todo el personal que preste sus servicios, ya no sólo en la Administración, sino en la totalidad de lo que se denomina sector público. Ello se ha traducido en la importante extensión del ámbito de aplicación del estatuto a todas las formas de personificación pública vinculadas o dependientes de una Administración (aunque sigue habiendo importantes excepciones) y en la aplicación del código de conducta y de los principios rectores del acceso a la Administración a todo lo que se denomina el sector público.

En este sentido, nos encontramos con una de las principales aportaciones de la nueva normativa. Efectivamente, el Estatuto 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. 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 este 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 funcional 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.

La contratación de personal laboral se produjo inicialmente de forma completamente discrecional, toda vez que el artículo 7 de la Ley de 1964 únicamente preveía para su contratación la previa autorización reglamentaria. Sin embargo, nuestra jurisprudencia 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, capacidad y publicidad han justificado una modulación —a veces inaplicación— de diversos preceptos del Estatuto de los Trabajadores. En concreto, estas especialidades 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 dispone el artículo 7 de la

Ley de Funcionarios de 1964, exige que la Administración se someta íntegramente al Derecho Laboral cuando actúa como empresario y celebra 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, esta 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 otras ocasiones, estos mismos principios y estas especialidades de la Administración se habían 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.

Otras veces ha sido la propia naturaleza de los fondos con los 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.

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 trascendentes cambios que de forma paralela se estaban produciendo en el régimen funcional. 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, ha supuesto 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 esta como si de dos realidades completamente diferentes se tratara. Lo razonable, 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 alcance.

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 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 deberes, principios éticos y código de conducta, en su responsabilidad disciplinaria o en el reconocimiento de derechos individuales, salvo en el reconocimiento del derecho a la inamovilidad en la condición de funcionario, que queda reservado exclusivamente a los funcionarios públicos.

Ahora bien, aunque esta solución parece bastante razonable, presenta importantes problemas teóricos e incluso prácticos. Por un lado, esta concepción del trabajador de la Administración como «empleado público» ha hecho surgir la duda razonable de si pueden ahora las Comunidades Autónomas entrar a regular esta figura pues, como es sabido, en materia de relaciones laborales el Estado tiene la competencia exclusiva para la legislación laboral (art. 149.1.7 de la Constitución) y el papel de las Comunidades Autónomas queda limitado exclusivamente a su ejecución. Sus posibilidades de actuación son, pues, considerablemente más limitadas que en materia funcionarial.

Por otra parte, se plantea el nada desdeñable problema de afrontar 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. Y esta es otra de las materias que más novedades y problemas puede aportar, la delimitación entre los puestos de trabajo que han de ser desarrollados por los funcionarios y los que pueden serlo por el personal laboral, o lo que es lo mismo, los lindes entre el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo.

El aspecto más novedoso, sin duda, viene dado por el establecimiento de una reserva expresa de funciones a este tipo de empleados públicos. El párrafo segundo del artículo 9 del Estatuto Básico, efectivamente, 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 y que puede plantear importantes problemas, no sólo teóricos, sino prácticos.

Efectivamente, nos encontramos con que 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 de que siempre ha sido la regla general. Así lo interpretó tempranamente la STC 99/1987, de 11 de junio. 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 (STC de 14 de febrero de 2002).

Para los demás ámbitos territoriales, sólo indirectamente y a través de indicios podíamos concluir la necesidad de que determinados tipos de tareas debían ser desarrolladas por fun-

cionarios. 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 existía un precepto similar que estableciera la necesaria identificación entre potestades públicas y su ejercicio por funcionarios públicos. Lo más aproximado ha sido 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, en el que 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, 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 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, no obstante, 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 esta 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 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 esta 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.

Por otra parte, el establecimiento de una reserva de funciones para el personal funcional también plantea importantes problemas prácticos para su concreción. Del tenor literal del precepto parece derivarse que no se trata sin más del ejercicio de cualquier función pública, sino exclusivamente de aquellas que implican el ejercicio «de potestades públicas» o de «poder público», tal como se menciona el artículo 57.1 del Estatuto, lo que a nuestro juicio, al menos debería situarnos directamente en el plano de aquel tipo de actividad administrativa que implica el ejercicio frente a terceros de prerrogativas o poderes exorbitantes a los que posee cualquier sujeto privado. Ahora bien, delimitar exactamente sobre qué tipo de empleados recae esta tarea no es sencillo, 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 para el adecuado ejercicio de aquellas y que, en consecuencia,

también podrían considerarse incluidas en esta cláusula como «participación indirecta» en el ejercicio de las potestades administrativas.

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 entre actos de autoridad y actos de gestión elaborada a lo largo del siglo XIX y ante la teoría formulada por HAURIOU 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 de desarrollo 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. Y es aquí donde nos encontramos con el tercer gran problema que puede plantear esta cláusula, debido al origen comunitario de la reserva y a sus importantes consecuencias prácticas.

El hecho de que se haya vinculado el requisito de la nacionalidad con esta reserva no es sino un reflejo del origen comunitario de dicha cláusula y, por tanto, a él tendremos que remitirnos también para acercarnos a su interpretación. Desde muy temprano, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido restringiendo considerablemente el concepto de empleo en la Administración para favorecer el ámbito de aplicación del principio de la libre circulación de trabajadores.

Como es sabido, el actual artículo 39.4 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (antiguo 48.4) permite la posibilidad de que los Estados miembros puedan establecer limitaciones a este principio y excluir de la libre circulación de trabajadores a los empleos en la Administración Pública. A partir de ahí, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha venido realizando una interpretación funcional de lo que haya de entenderse por empleos en la Administración Pública, limitándolo única y exclusivamente a aquellos empleos que supongan una participación en el ejercicio de poder público y que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de las Administraciones Públicas.

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, efectivamente, el concepto de Administración Pública a efectos del artículo 39, apartado 4, debe interpretarse y aplicarse uniformemente en toda la Comunidad y no es posible por tanto dejarlo a la absoluta discreción de los Estados miembros. A partir de ahí, el Tribunal ha reiterado que esta disposición se refiere a «los empleos que implican una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las demás entidades **públicas y que suponen pues, por parte de sus titulares, la existencia de una relación particular de solidaridad con el Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que son el 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).

Estamos, pues, ante una definición que ha sido establecida por 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».

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 Comunitarios 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 han de quedar en todo caso reservadas a los funcionarios públicos españoles³. A partir de la entrada en vigor de 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.**

A partir de ahí, el establecimiento de la reserva podría llegar a plantear, a mi juicio, algunas contrariedades. 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). 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 corres-

pondientes 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).

En definitiva, pues, puede concluirse que 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 funcional, y la constatación de que esta situación, tal como puso de manifiesto el Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto, 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 a los organismos reguladores de la Disposición Adicional Décima de la LOFAGE por las importantes funciones públicas que desempeñan) y por los nada desdeñables problemas teóricos e incluso prácticos que puede ocasionar la concreción de esta cláusula.

Pero aquí no acaban los problemas. 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 DT 15 de la Ley de Medidas, aunque esta vez a través de procedimientos selectivos de promoción interna, tal como prevé la Disposición Transitoria Segunda. Basta recordar, y con esto ya acabo, los importantes problemas de compatibilidad con los principios constitucionales de acceso a la Administración, y sobre todo del principio de igualdad, que los mismos plantearon y que dieron lugar a importantes pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

En definitiva, el Estatuto aporta importantes retos estratégicos en materia de recursos humanos para la agenda de las Administraciones Públicas. Se nos muestra como una nueva pieza fundamental del sistema de fuentes del empleo público. Ahora bien, su importancia no radica tanto en el contenido concreto que incorpora, que en ocasiones es meramente programático y dependerá del contenido que le dé el legislador de desarrollo, sino sobre todo —y muy especialmente— de las interesantes expectativas que abre y que deberá aprovechar el legislador de desarrollo para dar contenido real a una auténtica reforma del empleo públi-

co y conseguir un modelo de empleo público adaptado a las necesidades cada vez más exigentes de la sociedad del siglo XXI.

Hay que ser plenamente conscientes de que la puesta en marcha del Estatuto es una cuestión eminentemente compleja que requiere un cambio de cultura. El Estatuto abre una larga cadena de cambios de gran calado en la Administración Pública, que afectan, no sólo a los empleados públicos, sino a la propia capacidad organizativa de la Administración y hasta la calidad de las políticas y servicios públicos. Por ello, difícilmente tendrá posibilidades de éxito si no se plantea dentro de un marco estratégico adecuado y va acompañado de un cambio en la cultura, en la visión, en las formas de pensar y de hacer las cosas. Imprescindible resultará que exista un fuerte liderazgo, no sólo por parte de los directivos públicos, que deberán ser los verdaderos protagonistas de estos cambios en cascada que posibilita el Estatuto, sino también y fundamentalmente por parte de nuestros políticos, pues los réditos y beneficios que pueda producir el nuevo modelo de recursos humanos que se instaure sólo se verán a medio o largo plazo.

Notas

¹ Según los datos obtenidos del Boletín Estadístico del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas de enero de 2008.

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

³ 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 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.