

Nuevo Estatuto del Empleo público: la dificultad de unas bases constitucionales coherentes y su relación con los Estatutos de Autonomía

Luis Ortega Álvarez

Facultad de Derecho
Universidad de Castilla-La Mancha

Vocal de la Comisión de Expertos sobre el Libro Blanco de Reforma del Empleo Público

Abstract

El empleo público ha tenido que enfrentarse con los cambios que se han producido en el terreno de los valores constitucionales, de los derechos fundamentales y de la estructura misma del Estado.

Ello hace que a la hora de adaptar la función pública a los procesos de cambio producidos en el sistema político español de los últimos veinticinco años, se produzcan contradicciones del propio sistema constitucional, que no permiten acabar de desarrollar un modelo coherente y acabado.

Igualmente, la relación de la función pública con la organización administrativa hace que la autonomía política que las Comunidades Autónomas despliegan sobre esta última cree tensiones en cuanto a la posibilidad de una regulación común del empleo público de una determinada densidad.

La figura del directivo público que ha dejado de ser definido como empleado público es un ejemplo modélico de lo anterior.

The Civil Service has been driven to face the changes that have been taking place in the areas of constitutional values, fundamental rights and the structure of the State itself.

Consequently, the adjustments of the Spanish Civil Service to all processes of change that have happened in the Spanish political system in the last 25 years have to deal with the contradictory elements of the constitutional system, this impeding a coherent and ultimate model.

In the same direction, the relations of civil service with administrative organization makes that the political autonomy of Autonomous Communities focused on the organization instruments is confronted with the possibility of a common regulation of civil service of some consistent depth.

The case of public executive officers (directivo público) that are no longer defined as civil servants is a paradigmatic example of the above-mentioned issues.

Title: New Civil Servants Act: difficulties on coherent constitutional basis and the relation with the Statutes of Autonomous Communities

Key Words: Civil service, politicians, collective rights, Welfare State, State of the Autonomies, Civil Service Act, framework legislation, Statutes of Autonomy, public executive officers.

Sumario

1. Introducción. Los elementos constitucionales que influyen en la concepción del empleo público
 - 1.1. El modelo de partida
 - 1.2. La aparición de una clase política de base democrática
 - 1.3. La introducción de los derechos sindicales
 - 1.4. La Cláusula del Estado social
 - 1.5. El Estado de las Autonomías
 - 1.6. La especificidad de las relaciones de empleo con relación a órganos constitucionales y de relevancia constitucional
 - 1.7. La incoherencia estructural del modelo de empleo derivada de los propios elementos constitucionales
2. Las razones para un nuevo estatuto básico de la función pública
 - 2.1. El proceso de modernización acaecido tras 25 años de la ley de Medidas
 - 2.2. La centralidad del modelo autonómico como definidor de los elementos de la relación de empleo público
3. El estatuto básico y los estatutos de autonomía
 - 3.1. Esbozo de los elementos teóricos del debate
 - 3.2. El ejemplo de los directivos públicos
 - 3.3. La mera vinculación de principios y la delimitación de las materias propias de la regulación del empleo público
 - a. Las bases estatales como principios jurídicos
 - b. El ámbito material de las bases del empleo público
 - 3.4. Colectivos de funcionarios y ámbitos competenciales
 - 3.5. Vinculaciones específicas al legislador autonómico derivadas del contenido del estatuto de Autonomía
4. Un ejemplo de los aspectos problemáticos de regulación del empleo público y de interpretación del nuevo estatuto básico: la determinación de la reserva de funciones para los funcionarios públicos y de los criterios para la determinación de los puestos de trabajo laborales

1. Introducción. Los elementos constitucionales que influyen en la concepción del empleo público

1.1. El modelo de partida

Tras la Constitución de 1978, el empleo público ha tenido que ser objeto de numerosas adaptaciones, en muchos casos indirectas y parciales, que han impedido una reflexión de fondo sobre el efecto de los distintos elementos de modernización contenidos en el texto constitucional, partiendo, entre otros, de la propia configuración del Estado.

En efecto, partíamos de un empleo público concebido únicamente como función pública y dentro de los parámetros más estrictos de las relaciones de supremacía especial, con una proyección absoluta de los principios de la relación unilateral estatutaria.

Igualmente, se operaba en un marco jurídico ausente de una referencia constitucional, sin una reflexión sobre el papel constitucional otorgado a las Administraciones públicas, y, en consecuencia, de la instrumentalidad del empleo público en función de dicho papel.

El proceso de toma de decisiones estaba ausente de toda base democrática y tenía como principal punto de expresión la emanación de actos administrativos.

Como corolario de un Estado centralista, se actuaba en un marco jurídico unificado y dentro de una organización administrativa que sólo distinguía del Estado la organización local, concebida esta, a su vez, fuera de una posición de autonomía política y administrativa, y con la presencia de importantes cuerpos de habilitación nacional.

Por ello, en muchas ocasiones es difícil salirse de estas preconcepciones, que sin duda tenían su coherencia interna, como por ejemplo el papel preponderante de los altos cuerpos especiales, que dotaba a la Administración española de una calidad técnica indudable.

Es decir, a mi juicio, hay un problema generalizado de configurar el modelo constitucional del empleo público, por la falta de un análisis adecuado, en extensión e intensidad, de la influencia que los elementos de innovación constitucional proyectan sobre el empleo público. Con la consecuencia de que se imputan al empleo público problemas que no son resolubles en dicha sede, sino en la sede constitucional adecuada.

Sólo nos limitaremos a dar una pincelada de todo ello, para resaltar la pluralidad de aspectos a tener en cuenta antes de abordar una crítica al nuevo modelo de Estatuto del Empleado Público objeto de estos Comentarios.

1.2. La aparición de una clase política de base democrática

El primero de ellos ha sido sin duda la introducción de una clase política de base democrática en la cúspide de la organización administrativa, que exigía un nuevo acomodo entre los titulares de los órganos ministeriales y el aparato burocrático. La desconfianza de la clase política democrática hacia los integrantes de las cúspides de los altos cuerpos de la etapa de la dictadura llevó a un exceso de implicación de dicho aparato político en decisiones puramente administrativas, quizá como reacción al ámbito de las decisiones políticas que dichos altos cuerpos ocuparon con anterioridad.

Este acomodo se intentó resolver sin éxito en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (BOE núm. 90, de 15.4.1997; en adelante, LOFAGE), al exigirse cualificaciones funcionariales a los titulares de los órganos directivos de designación política de primer nivel, esencialmente Subsecretarios y Directores generales, reservándose el ámbito estricto de la política a los Ministros y Secretarios de Estado.

El resultado ha sido el opuesto, sin que los partidarios de dichas medidas hayan dado explicación alguna. Así, en vez de una profesionalización de los órganos de designación política, se ha producido una politización de los cuerpos técnicos, donde ya se conocen con nombres y apellidos, los funcionarios proclives a cada uno de los dos partidos políticos mayoritarios y que regularmente pasan a ocupar los puestos de designación política en cada alternancia de poder.

Pues bien, sin una reflexión honesta sobre este fenómeno, que también es apreciable de otras Administraciones públicas con culturas político clientelares similares a la nuestra, se vuelve a abordar el fenómeno de la profesionalización de la cúspide administrativa, con la introducción de la figura de los Directivos, sobre la que luego volveremos.

En cualquier caso, lo que queda por resolver es la articulación de la capacidad directiva de la jerarquía política en un modelo como el actual, en el que ni la exigencia formal de cualificación funcional ha producido un aumento de dichas capacidades directivas - de hecho sin la exigencia de dicho requisito de nombramiento, ya en su inmensa mayoría los directores generales tenían la condición de funcionario -, ni está clara la aplicación del principio de responsabilidad política ministerial, ni se ha reflexionado sobre si se debía haber dotados a los niveles iniciales de dirección política de una mayor estabilidad.

Es decir, que el aparato político, ni ha recabado mejores profesionales para los puestos de dirección, ni ha articulado el principio de responsabilidad política, ni ha desarrollado una deontología de estabilidad en el puesto de directivos designados en una etapa política anterior.

Por ello las consecuencias de esta defectuosa resolución de la introducción de la clase política de base democrática en la función de dirección del aparato administrativo, no son imputables al modelo de empleo público en sí mismo considerado, como tampoco lo son a la técnica de la discrecionalidad administrativa, sino que éste será siempre dependiente de las decisiones que, fuera de dicho modelo, adopte la clase política en un marco de libertad de configuración política

que es inescindible del principio democrático, al que no se pueden oponer pre-regulaciones jurídicas que no se asienten en límites propiamente constitucionales.

1.3. La introducción de los derechos sindicales

La generalización de los derechos sindicales en relación a la función pública, ha planteado la necesidad de reflexionar en diversos frentes: la innovación de los instrumentos regulatorios, la similitud de contenidos con la relación laboral ordinaria, la articulación de la presencia sindical dentro de la organización administrativa, etc.

En efecto, de una parte, los derechos sindicales plantean una dinámica de unificación entre la relación estatutaria y la laboral, que tienen su plena expresión en la Ley de Libertad Sindical y en el derecho de huelga.

Ello llevó a cuestionarse, al igual que sucediese en el empleo público italiano, si lo procedente no fuese el optar por una laboralización del empleo público, más aún si, tal como se puede constatar en la literatura jurídica de mediados y finales de los años setenta, la relación funcionarial era dogmática y socialmente cuestionada, tanto por la patrimonialización de las funciones públicas que se atribuía a los grandes cuerpos de la Administración, como la a las críticas de ineficacia administrativa, atribuidas a la estabilidad en el empleo que hacía imposible una adecuada administración de los recursos humanos y la introducción de la eficacia en su seno.

El ejercicio de estos derechos por parte de los funcionarios públicos provocó, en todo caso, la modificación de determinadas tipificaciones de infracciones disciplinarias incompatibles con el ejercicio de dichos derechos, de las situaciones administrativas a que daba lugar la ostentación de cargos sindicales, y de conceptos retributivos, como los descuentos por jornada de huelga.

Pero, sin embargo, de otro lado la relación de empleo con las Administraciones públicas ha introducido en el propio derecho laboral matizaciones importantes en lo relativo a la exigencia generalizada del respeto a los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público y a los límites presupuestarios relativos a los incrementos retributivos que puedan ser pactados mediante convenio colectivo.

Con todo, el núcleo principal de debate en el seno del Derecho de la función pública derivado de la realidad sindical, lo plantea, como veremos, la introducción de la negociación colectiva, y en especial, el carácter normativo de los acuerdos obtenidos en su seno y el propio espacio normativo que pueda ser disputado entre la legislación autonómica de desarrollo de la legislación básica de empleo público y los acuerdos y pactos sindicales a los que dicha legislación básica se remite.

Detrás de la práctica sindical hay, en suma, un cuestionamiento del ámbito de la capacidad de transacción de las Administraciones públicas en el ejercicio de sus potestades, que tendría su límite en la eventual desaparición de la posibilidad de intervenir desde la instancia pública en defensa de los intereses generales.

En este ámbito, se produce una concurrencia de diversos instrumentos normativos (Ley básica estatal, Leyes de desarrollo autonómicas, reglamentos y ordenanzas), procedimentales (participación e información), negociales (pactos y acuerdos) cuya correcta articulación requiere, en muchos casos, resolver los propios elementos dogmáticos de la regulación, la participación y la negociación en el seno de las Administraciones públicas.

Por ello, también desde esta nueva realidad constitucional, se le plantean a la función pública problemas que deben ser resueltos en sede más teórica, relativos a la flexibilidad y a las condiciones de utilización de los instrumentos a través de los cuales se expresa la defensa de los intereses generales cuya tutela queda atribuida a las Administraciones públicas.

1.4. La Cláusula del Estado social

La cláusula del Estado social, articulada de forma primera y principal en los Pactos de la Moncloa de 1977 y en la reforma fiscal, reformó de forma sustancial la Administración pública española, trasladando a la misma los problemas de articulación de una verdadera Administración de servicios universales, especialmente en los ámbitos de la sanidad y la educación y las prestaciones sociales. Es decir, la Administración pasó a duplicar la gestión de sus recursos, de un 20-25% del PIB a cerca del 45% PIB, en un espacio de poco más de 10 años, y lo hizo, además, como veremos al resaltar el modelo de Estado autonómico, con unas Administraciones de nuevo cuño.

Esta nueva realidad constitucional introducía en el seno de la función pública el debate sobre el tipo de empleado público a seleccionar, sobre si los métodos de selección eran los adecuados para la dicho reclutamiento, sobre si las nuevas ámbitos de actuación pública requeriría mejor una relación laboral que la típicamente funcionarial o sobre si determinados sectores requerían una regulación especial dentro del modelo de empleo público, como el sector sanitario.

Asimismo, el hecho de que las nuevas prestaciones administrativas dependían del grado de buena utilización de los recursos públicos disponibles, aparecen en el seno de la gestión del empleo la aplicación de los principios de eficacia y de eficiencia y la introducción de técnicas propias de la Ciencia de la Administración en la gestión y planificación de recursos humanos.

Indudablemente estas técnicas, de una parte, son tributarias de una correcta traslación al derecho público de criterios de gestión operativos en la gestión privada, lo que requiere una adaptación de sus parámetros de utilización, y, de otra, introducen elementos de flexibilidad en la gestión de recursos, que pueden dar lugar al aumento de la discrecionalidad administrativa, si no se produce una regulación previa adecuada a los fines que se pretenden perseguir, de forma que los nuevos procedimientos y criterios de gestión sean previamente conocidos por el personal que puede verse afectado en su carrera administrativa.

También, desde otra perspectiva, la eficacia y la eficiencia se manifiestan en la utilización de técnicas como la externalización de servicios. En estos casos, la Administración, en vez de crear

en su seno una organización propia para la gestión de asuntos de carácter permanente, decide contratar dicha gestión a una empresa privada. Pues bien, un abuso de esta técnica, que trasladaría a sector privado actividades que podrían ser realizadas en el seno de las Administraciones públicas, implicaría un fraude al principio de mérito y capacidad en el acceso al empleo público, el cual no sería exigible para el ingreso en las empresas a las que es dirigida la externalización de servicios.

Hay, por tanto, una tensión entre el ámbito de las actividades que deben realizar las Administraciones por sí mismas y el de los servicios externos que estas pueden contratar con carácter permanente, que se inscribe más en el ámbito de la organización administrativa que en el de la función pública. Dicho de otro modo, la externalización supone una decisión organizativa, que no puede ser resuelta desde el ámbito del empleo público, salvo una extensión del concepto de sector público similar a la producida en el derecho comunitario con relación a las ayudas públicas, y al que le fuesen aplicables determinados principios de gestión de recursos humanos.

1.5. El Estado de las Autonomías

La aparición en el panorama constitucional español de un modelo de Estado políticamente descentralizado plantea a la función pública tradicional propia del Estado centralista una serie importantes de innovaciones y nuevos problemas en los que junto a los criterios de racionalidad burocrática deben darse satisfacción a otros principios con igual enganche constitucional a los que dar adecuada solución.

En primer lugar, la condición de entes políticos territoriales dotados de plena autonomía de las Comunidades Autónomas implica un desplazamiento a cada una de estas administraciones de la distinción entre aparato político y aparato administrativo, debiendo respetarse que el ámbito de la organización política, forma parte de uno de los núcleos de la autonomía que deben ser respetados con más cuidado. Veremos, como el tema de los directivos ha sido resuelto en términos de autonomía organizativa más que en base a la regulación básica del empleo público.

En segundo término la Constitución reconoce a las Comunidades Autónomas la potestad de desarrollo legislativo de la legislación estatal básica sobre función pública. Ello implica de partida la negación de un modelo jurídico uniforme de función pública para todo el Estado español, situándose la discusión en los elementos de dicho modelo que pueden y/o deben ser objeto de una regulación común.

Por contraste, en relación al personal laboral, las Comunidades Autónomas no ostentan competencia legislativa ni reglamentaria alguna, salvo la derivada de la eficacia normativa de los convenios colectivos que, como parte empresarial, puedan suscribir. En esta caso, no deja de producirse una incoherencia funcional en el ámbito de la gestión de recursos humanos, derivada de la posibilidad de que el regulador del empleo público estatal entienda que determinados aspectos de la relación laboral en las Administraciones públicas puede ser objeto de una regulación legislativa especial que sería de carácter estatal y tendría como límite de intensidad normativa su acomodación al Estatuto de los Trabajadores.

Esta disparidad entre la posible intensidad de la relación de empleo en lo laboral y en lo funcional no encuentra una explicación satisfactoria y es deudora de la distinción que, entre lo laboral y lo funcional, ha propugnado el Tribunal Constitucional en base a la diferenciación de ambos Estatutos en los artículos 35 y 37 CE, de un lado, y el artículo 103 CE de otro y a la diferente extensión del ámbito competencial estatal de las cláusulas 7ª y 18ª del artículo 149.1 CE.

Otro sector del empleo público cuya intensidad reguladora estatal depende de una interpretación de los espacios competenciales respectivos, es el relativo a los empleados públicos locales. En este caso, al debate entre la materia básica y la de desarrollo se une el debate paralelo entre si dicha materia debe ser regulada desde la legislación de empleo público o desde la legislación de régimen local y, en su caso, en qué medida en una u otra.

A lo anterior se añade el debate sobre la preeminencia en el sistema de fuentes entre los Estatutos de Autonomía y la legislación básica estatal que, como veremos, se plantea de plano en el caso del nuevo Estatuto del Empleo Público. El problema estriba en determinar en qué medida un Estatuto puede excepcionar para el territorio de su respectiva comunidad la aplicación de determinados elementos considerados básicos por el legislador estatal en ejercicio de su espacio competencial.

Finalmente debe resaltarse otra influencia del Estado Autonómico sobre el empleo público, aunque esta derive del terreno de lo fáctico. Se trata del uso generalizado que se hizo de la contratación laboral, como mecanismo más ágil para el reclutamiento del personal al servicio de las nuevas organizaciones territoriales. Contratación laboral que enlazaba en muchos casos, con una tipología de funciones autonómicas derivadas del propio reparto competencial y que sitúa estas Administraciones, con relación a la Administración General del Estado, más en el terreno de la gestión de servicios que en el de la elaboración de políticas.

1.6. La especificidad de las relaciones de empleo con relación a órganos constitucionales y de relevancia constitucional

El principio de separación de poderes y la autonomía que dicho principio otorga a los respectivos poderes constitucionalmente reconocidos o de los órganos o sectores a los que la Constitución les reconoce una especialidad, hace que no sean aplicables a estos ámbitos las regulaciones del empleo público al servicio de la Administración pública.

Un vez más estamos ante una incoherencia desde el punto de vista dogmático que liga un tipo de relación de empleo a la naturaleza de la función desarrollada por una organización y a los valores e intereses tutelados por la misma.

En todo caso, las justificaciones que puedan tener una base constitucional en relación a la intensidad que determinadas características de la relación de empleo público, no necesariamente son predicables del personal de todos los órganos constitucionales. Así, si bien se debe recoger el mandato constitucional de restricción sindical para las fuerzas armadas y el poder judicial, o una

diferenciación en el régimen disciplinario o de incompatibilidades, es cuestionable en el terreno de los principios dogmáticos, que dicha diferenciación aplicable a otros colectivos como el personal de los órganos legislativos o consultivos.

Igualmente, la existencia de estas eventuales diferenciaciones en determinados sectores de los poderes públicos, abre el mismo debate en relación a aquellos sectores de la Administración en los que sea posible distinguir elementos estructurales o funcionales de suficiente entidad como para requerir regulaciones especializadas.

Es decir, la diversidad de sectores materiales donde opera la Administración y la diferencia cualitativa de la función reguladora, la de ejercicio de autoridad y la de pura gestión o el ejercicio de una actividad técnica o profesional, hubiera podido justificar diversas gradaciones en lo básico, en función de la mayor o menor cercanía o intensidad de la función desarrollada con relación al ejercicio de potestades públicas, especialmente las ligadas a los procesos de toma de decisiones de regulación o de contenido discrecional.

En todo caso, como reflejo de lo anterior veremos cómo del ámbito de aplicación de la [Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público](#) (BOE núm. 89, de 13.4.2007; en adelante, Estatuto Básico) están excluidos, los referidos a órganos constitucionales y de relevancia constitucional, así como otros muchos organismos, algunos de los cuales, ejerciendo, sin duda funciones típicamente públicas y potestades alta intensidad regulatoria y de autoridad, someten sus relaciones de empleo al derecho privado.

1.7. La incoherencia estructural del modelo de empleo derivada de los propios elementos constitucionales

Como resultado de lo anterior se ha de constatar que los propios elementos constitucionales que hemos señalado, no consienten una construcción dogmática del empleo público en términos de uniformidad y coherencia,

La influencia del modelo de Estado democrático coloca a un determinado nivel de la organización funcional la tensión entre dirección política y dirección profesionalizada.

La influencia del reconocimiento de los derechos sindicales se hace notar en la construcción de la propia relación de empleo como una relación bilateral, con capacidad de negociación de las condiciones de trabajo por parte de los empleados públicos, lo que la aproxima en su naturaleza a una relación laboral, bien que con importantes límites a la autonomía de la voluntad en relación a la protección de los intereses generales implícitos en la prestación del servicio y al condicionamiento de los aumentos retributivos a las decisiones presupuestarias.

La propia generalización de la relación laboral en el empleo público, pese a los continuos procesos de funcionarización, hace que exista un doble régimen jurídico de empleo difícilmente justificable en sede teórica, pero derivado del doble reflejo del modelo funcional y laboral en el texto constitucional.

La autonomía política de las Comunidades Autónomas en el marco del Estado de las Autonomías y el reparto competencial en materia de regulación de las relaciones de empleo, implica, en primer lugar, la reproducción, desde el punto de vista de la autonomía organizativa, del debate de la línea de separación entre el aparato político y el administrativo. Pero además, nos coloca indefectiblemente ante un modelo funcionarial con rasgos comunes y rasgos diferenciados entre sí.

Finalmente, la autonomía política de determinados órganos constitucionales y las especialidades de determinados sectores del empleo público, unido a la opción de privatización de las relaciones de empleo de entes con autonomía funcional, hace que se produzca una tensión hacia las peculiaridades de las relaciones de empleo, al primarse las especialidades contenidas en sus normas reguladoras.

Ello, sin duda, dificulta la construcción teórica de la determinación de los elementos inescindibles que deberían componer el “núcleo duro” de la relación de empleo público, pues la condición indefectiblemente servicial de todas estas organizaciones con relación también a la satisfacción del interés general y el carácter de poder público de sus cometidos, debería haber posibilitado unos principios generales y comunes para toda organización de base pública, fuese cual fuese su régimen jurídico concreto.

Así pues con estos elementos condicionantes del modelo de empleo público derivados de decisiones contenidas en el texto constitucional debemos abordar el comentario del nuevo Estatuto del Empleado Público.

2. Las razones para un nuevo estatuto básico de la función pública

De la Exposición de Motivos del nuevo Estatuto se derivan tres razones fundamentales que justifican la nueva regulación contenida en su articulado.

La principal, sin duda, es su propósito de servir de pistoletazo de salida de un “largo y complejo” proceso de reforma del empleo público en España para adaptarlo a lo que de forma convencional e indeterminada se denominan “necesidades de nuestro tiempo”.

La segunda razón es la adaptación de la legislación básica estatal al proceso de “descentralización administrativa” producido en las últimas décadas y que ha llevado a que la mitad de los efectivos de recursos humanos en el sector público se sitúe en el nivel autonómico.

La tercera es la de dotar de una homogenización de criterios básicos a todo el conjunto de empleados públicos, ya sean estos de carácter funcionarias o laboral, a la que ya nos hemos referido con anterioridad.

2.1. El proceso de modernización acaecido tras 25 años de la ley de Medidas

Ciertamente, el proceso de modernización que de forma generalizada se ha producido en la sociedad española, expresado en todas sus facetas políticas, económicas, culturales, justificaría el abordar la reforma de un texto de legislación básica como el contenido en la Ley de medidas para la reforma de la función pública de 1983, casi 25 años después.

En este período, y por referirnos tan solo a los aspectos que tienen una relación con la modernización de un modelo de empleo público, se han producido importantes cambios en el incremento de la formación de los ciudadanos, en la expansión del principio de igualdad de oportunidades y del de igualdad de género; se ha casi duplicado la participación del gasto público en relación al producto interior bruto y se han universalizado servicios públicos y políticas sociales; se ha producido la creación de diecisiete nuevas administraciones autonómicas, y de las formas de relación de estas nuevas administraciones con las anteriores, estatal y local; en fin, se ha abierto la relación ordinaria con las instituciones europeas y con las administraciones de los países comunitarios.

Todos estos fenómenos han puesto de manifiesto, sin duda, problemas de funcionamiento del modelo de gestión del personal al servicio de las Administraciones públicas que merecían ser corregidos. Así, han podido detectarse la rigidez y la lentitud de los procesos selectivos, una falta de elasticidad en el sistema retributivo, la asunción final de las consecuencias de un modelo de negociación colectiva, el mantenimiento de pruebas restringidas en la selección de personal, la ausencia de una verdadera profesionalización en los mismos órganos de selección, la falta de una homologación adecuada de los sistemas selectivos de las diferentes Comunidades Autónomas, una movilidad voluntaria excesiva en la fijación de nuevos destinos, en perjuicio de la especialización requerida en determinados sectores de la Administración, etc.

Igualmente, se hacía necesario introducir nuevos elementos de modernización del sistema basado en la introducción de nuevos criterios de gestión, como los relativos a la solución de la implantación de una función directiva profesionalizada, de la evaluación del rendimiento profesional en el proceso de promoción interna, de la posibilidad de configurar carreras profesionales horizontales basadas en el mismo control del rendimiento, del impulso eficaz de la promoción del acceso al empleo público de las personas discapacitadas, así como el fomento de instrumentos de igualdad de género y de creación de situaciones administrativas que faciliten la conciliación de la vida laboral y familiar y la protección de las mujeres frente a las amenazas y consecuencias de la violencia de género, etc.

2.2. La centralidad del modelo autonómico como definidor de los elementos de la relación de empleo público

Sin duda, todas las cuestiones anteriormente expuestas, hubiesen motivado como decimos unan reforma legislativa. Sin embargo, a mi juicio, la razón finalmente prevalente ha sido la de disminuir el peso de la legislación básica sobre los modelos de empleo público autonómicos. Como veremos, el nuevo Estatuto ha atenuado su propio rigor normativo y construye el nuevo

modelo con continuos reenvíos a los legisladores autonómicos y a las propias decisiones reglamentarias o ejecutivas de las Administraciones públicas.

Qué duda cabe que el modelo de la Ley de Medidas del año 83 se realizó sin tener a la vista la experiencia de la gestión de las Administraciones autonómicas. Era un modelo que, si bien tenía en cuenta las nuevas limitaciones reguladoras derivadas de la división competencial en materia de empleo público contenida en la Constitución, entendía como básicos muchos elementos reguladores del acceso, la carrera, la estructura, las retribuciones, las situaciones administrativas, o del sistema disciplinario. De forma que lo que se concebía era un modelo básico de empleo público, basado en la experiencia de gestión realizada por la Administración del Estado, con adaptaciones puntuales a nivel autonómico, que sin duda había encontrado el respaldo de su constitucionalidad.

Ahora bien, siendo esto así, el pleno desarrollo de las administraciones autonómicas puso de manifiesto, en primer lugar, las diferencias existentes en cuanto a territorio y población y entre recursos económicos y de personal, por lo que las necesidades de adaptar un aparato burocrático a los cometidos de la gestión autonómica eran paulatinamente diferentes en cada Comunidad Autónoma.

En segundo término, si se eliminan los efectivos relativos a sectores muy especializados de la Administración, como los servicios de seguridad ciudadana y de defensa, el diplomático, el de recaudación tributaria y de gestión de la seguridad social, la gran mayoría de los efectivos de gestión de servicios directos a la ciudadanía se realizan hoy día en sede autonómica y local. Dicho de otro modo, el modelo de empleo público ligado a las funciones tradicionales de la Administración pública, ha dejado de ser el modelo estatal para pasar a ser el modelo autonómico.

Por ello, si hubiese que delimitar un nuevo modelo básico de empleo público con la intensidad normativa que existía en la Ley de Medidas, este modelo posiblemente no hubiese sido adaptable a las funciones ejecutivas y de gestión que quedan en manos de la Administración General del Estado.

La consecuencia es que lo básico debía reducirse hacia elementos comunes a las necesidades de las distintas Administraciones públicas: la estatal, la autonómica y la local.

Lógicamente esta atenuación de lo básico, da lugar a la posibilidad del aumento de las peculiaridades de los modelos autonómicos de empleo público, con el riesgo final de que tal diversidad juegue en contra del modelo mismo globalmente considerado como conjunto de Administraciones funcionando en términos cooperativos y de colaboración.

Este riesgo, en principio, está formulado como una hipótesis que deberá demostrarse y, en su caso, demostrar además que los nuevos inconvenientes del sistema no son compensados con ninguna de las nuevas virtudes que la implantación de dichas peculiaridades pudiese introducir

en la gestión pública de los recursos humanos. Sin duda, el riesgo más importante es que los elementos básicos presentes en el nuevo Estatuto produzcan una compartimentación territorializada de las carreras administrativas de los empleados públicos, pues ello iría en contra, no sólo del principio constitucional de igualdad y del comunitario de libertad de movilidad laboral, sino de la propia calidad de las Administraciones públicas.

El hecho de que este Estatuto haya sido aprobado sin el acuerdo político de los dos grandes partidos de ámbito estatal y con la consiguiente influencia de los partidos de implantación autonómica en la formación de la mayoría democrática necesaria puede explicar, que las nuevas necesidades del modelo de empleo público basadas en la experiencia de gestión autonómica no hayan sido adecuadamente compensadas con reglas de mayor dimensión horizontal. Sin embargo, la implantación de estas reglas de horizontalidad, incrementando las posibilidades de homogenización de sistemas de acceso, o de promoción interna, está en la mano de los mismos partidos de dimensión nacional, que gobiernan en 15 de las 17 Comunidades Autónomas.

3. El estatuto básico y los estatutos de autonomía

3.1. Esbozo de los elementos teóricos del debate

Uno de los principales reproches de las Comunidades Autónomas respecto al uso de las competencias estatales ha sido la excesiva dimensión que ha cobrado la legislación básica del Estado. En función de ello, los trabajos preliminares de la reforma del Estatuto de Cataluña señalaban la conveniencia de que se recogiesen en los Estatutos de Autonomía los aspectos que, aun habiendo sido declarados básico, podían entenderse que correspondían al ámbito competencial autonómico. El razonamiento principal derivaba de la interpretación de la naturaleza cuasi constitucional de los Estatutos como instrumento normativo de delimitación de competencias y de alguna sentencia del tribunal constitucional que había admitido que determinadas peculiaridades estatutarias hacía que no operasen en ese territorio reglas declaradas básicas por el Estado.

Esta es la razón de que en el sistema competencial estatutario de Cataluña aparecieran las denominadas submaterias, como especificaciones de las materias objeto de la competencia autonómica, para que por la vía de las cláusulas especiales prevaleciese la competencia autonómica sobre la más general del Estado expresada en las materias en las que se atribuye a este la legislación básica.

No es este el lugar en el que reproducir ni profundizar en este debate doctrinal, baste decir que dependerá en todo caso de la jurisprudencia final del Tribunal Constitucional en el sentido de que entienda que las submaterias estatutarias invaden o no el ámbito competencial del Estado.

Tampoco nos corresponde ahora señalar la distintas formas de actuar de que dispone el legislador básico, con mayor o menor rigor conceptual, con mayor o menor profusión

procedimental, con mayor o menor énfasis en los resultados y en la homogeneización de dichos resultados, etc.

Con todo, hay que señalar que las propias peculiaridades estatutarias, aun en el caso de ser admitidas, no podrían eliminar la competencia estatal, reservada desde la propia Constitución, de delimitar los espacios de lo básico. Quizá las especialidades autonómicas lo que pongan de manifiesto en su caso, al Tribunal Constitucional es que tales submaterias no constituyen en sí aspectos básicos, pero si lo fueren, salvo un anclaje directamente constitucional de la especificidad competencial autonómica, debería prevalecer el título estatal constitucional sobre el título autonómico estatutario.

Dentro de esta perspectiva es como se debe abordar, en primer lugar, la reflexión contenida en la Exposición de Motivos, según la cual:

“La densidad de la legislación básica en materia de función pública debe reducirse hoy en día, en comparación con épocas pasadas, teniendo en cuenta en todo caso las determinaciones de los Estatutos de Autonomía y la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional”.

Esta reflexión ha tenido su traslación en el terreno normativo en el contenido de la Disposición final segunda del Estatuto Básico del Empleado Público que, en concreto, dispone:

“Las previsiones de esta ley son de aplicación a todas las Comunidades Autónomas respetando en todo caso las disposiciones singulares en materia de sistema institucional y las competencias exclusivas y compartidas en materia de función pública y de autoorganización que les atribuyen los respectivos Estatutos de Autonomía, en el marco de la Constitución”.

En efecto, una lectura inmediata lo que nos indica es un doble mensaje recordatorio: de una parte que el legislador estatal debe respetar las competencias autonómicas y de otra. Que todo ello debe realizarse dentro del marco establecido en la Constitución.

A lo anterior debe añadirse que en esta Disposición final segunda, se mezclan tres materias de diferente calado: los sistemas institucionales; la autoorganización autonómica y la función pública. Incidentalmente, cabe señalar la ausencia de la materia referida a la legislación laboral, tan importante en este tipo de Estatuto Básico y respecto de la cual también las Comunidades Autónomas ostentan competencias de gestión administrativa.

Bien, como decíamos, no cabe mezclar las consecuencias institucionales y las de autoorganización con las cuestiones relativas al empleo público y al régimen jurídico de las Administraciones públicas. Las dos primeras están amparadas por el núcleo esencial de la autonomía política de las Comunidades Autónomas, mientras que las dos segundas, están sometidas a la legislación básica del Estado (SSTC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 38º y 132/1989, de 18 de julio, FJ 21º).

Es decir, la discusión que puede ser procedente es si determinados aspectos del empleo público son, en realidad, aspectos ligados a peculiaridades institucionales o a elementos de la autonomía organizativa, pero si se determina que son aspectos concernientes a la función pública, sobre ellas cabe una regulación básica estatal.

Téngase en cuenta, en este sentido que algunos Estatutos de Autonomía (art.15.3 EAst¹, art. 35.3 ECant.², art. 39.3 ECL³, art. 39.3 ECM⁴, art.31 5 ER⁵) han enmarcado el establecimiento del régimen estatutario de los funcionarios autonómicos dentro del ejercicio de la competencia sobre organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno, sin que tal localización competencial estatutaria haya dado a estas Comunidades mayores poderes normativos ni ejecutivos sobre la materia.

Igualmente debe recordarse que la STC 227/1988, de 20 de noviembre, en su FJ 21º, ya dispuso que la potestad de autoorganización autonómica esta limitada por la competencia estatal sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas.

3.2. El ejemplo de los directivos públicos

Un ejemplo claro del debate anterior lo constituye la función directiva. En su redacción inicial, el Estatuto Básico contemplaba a los directivos públicos en el artículo 8 como una de las clases de empleados públicos. Y en base a ello, el artículo 13 introducía determinados principios que deberían tenerse en cuenta por el legislador de desarrollo.

Pues bien, en el artículo 150 del Estatuto de Cataluña⁶ se dispone:

“Corresponde a la Generalitat, en materia de organización de su administración, la competencia exclusiva sobre:

- a) La estructura, la regulación de los órganos y **directivos públicos**, el funcionamiento y la articulación territorial.
- b) Las distintas modalidades organizativas e instrumentales para la actuación administrativa.”

¹ Ley Orgánica 7/1981, Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias (BOE núm. 9, de 15.4.1997).

² Ley Orgánica 8/1981, Estatuto de Autonomía para Cantabria (BOE núm. 9, de 11.1.1982).

³ Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero, Estatuto de Autonomía de Castilla y León (BOE núm. 52, de 2.3.1983).

⁴ Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid (BOE núm. 51, de 1.3.1983).

⁵ Ley Orgánica 3/1982, Estatuto de Autonomía de La Rioja (BOE núm. 1, de 10.7.1982).

⁶ Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (BOE núm. 172, de 20.7.2006).

Se producía, así, una contradicción clara entre lo dispuesto en dicha redacción inicial del Estatuto Básico y el Estatuto de Cataluña. El primero situaba a los directivos en el ámbito de la función pública y el segundo en el ámbito de la organización administrativa, ligándolo a su cualidad de “cuasi-órgano”.

La solución final contenida en los artículos 8 y 13 no ha podido ser más desacertada, ya que ha eliminado a los directivos del elenco de los empleados públicos y al mismo tiempo ha deslegalizado la materia:

“Artículo 13. Personal directivo profesional.

El Gobierno y los órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán establecer, en desarrollo de este Estatuto, el régimen jurídico específico del personal directivo, así como los criterios para determinar su condición, de acuerdo, entre otros, con los siguientes principios:

1. Es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración.
2. Su designación atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevara a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia.
3. El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados.
4. La determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva a los efectos de esta Ley. Cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección”.

El legislador básico ha entrado con la redacción final de este artículo en un terreno resbaladizo en una multitud de frentes. El personal directivo, según el Estatuto no es empleado público, pero es personal al servicio de las Administraciones públicas y, en función, al parecer, de esta sutil distinción, su regulación, pese a calificarse que es “en desarrollo de este Estatuto”, no se remite al las Leyes reguladores de la Función pública de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas, que es la regla general sentada en el artículo 6 del Estatuto Básico sino a reglamentos que puedan aprobar el Gobierno de España y los Gobiernos autonómicos.

Las preguntas surgen en avalancha:

- ¿Si no se está regulando empleo público, cual es el título competencial del Estado?

- ¿Si se está regulando empleo público, puede el legislador básico, saltarse al legislador autonómico?, ¿cabe que sea básica una decisión de deslegalización?
- ¿Las normas que deben definir las funciones directivas profesionales del apartado 1, también están deslegalizadas o corresponden al legislador de desarrollo?
- ¿Pueden añadirse nuevos principios adicionales, como el de lograr la equiparación de género entre los cuadros directivos?
- ¿Es posible establecer la libre remoción de directivos que hayan tenido evaluaciones positivas?
- ¿Es posible complementar el control de los resultados no sólo en función de los objetivos fijados, sino también de los medios asignados?
- ¿Es posible salirse de la dicotomía directivo estatutario/laboral y aplicar un régimen jurídico sui generis, común a todos los directivos?
- ¿Qué Gobierno es el encargado de regular el régimen jurídico del personal directivo de los entes locales y de las universidades?

A todo lo anterior debe añadirse la incógnita de en qué medida estas reglas vinculan a una Comunidad Autónoma, como la de Cataluña, con competencias exclusivas en materias de regulación de directivos públicos, e, incluso, si esta competencia exclusiva en materia de autoorganización, se puede extender a una regulación peculiar de los denominados funcionarios eventuales, por entender que forman parte de la regulación de su aparato político y no de su aparato administrativo. Recuérdese a este respecto, que la figura de los gabinetes, órgano de funcionarios eventuales donde los haya, está regulada en el Estado en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del gobierno (BOE núm. 285. de 28.11.1997) y no en Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (BOE núm. 90, de 15.4.1997).

En todo caso, en el supuesto concreto de Cataluña, debe recordarse que no puede ser de aplicación la deslegalización operada desde la legislación básica estatal, ni en este ni en ningún otro caso en los que el Estatuto Básico se remite a las Administraciones públicas, ya que por previsión específica del artículo 110 del Estatuto de Cataluña, se establece una reserva de ley genérica sobre el desarrollo de todas las previsiones básicas establecidas por el Estado.

3.3. La mera vinculación de principios y la delimitación de las materias propias de la regulación del empleo público

Situándonos ya fuera del debate relativo a los aspectos del Estatuto Básico que puedan corresponder a las materias de autoorganización o a las de función pública, ha que señalar con relación al Estatuto de Cataluña que en su artículo 136 se dispone lo siguiente:

“Corresponde a la Generalitat, en materia de función pública y el personal al servicio de las Administraciones públicas catalanas, respetando el principio de autonomía local:

- a) La competencia exclusiva sobre el régimen estatutario del personal al servicio de las Administraciones públicas catalanas y sobre la ordenación y la organización de la función pública, salvo lo dispuesto en la letra b).
- b) La competencia compartida para el desarrollo de los principios ordenadores del empleo público, sobre la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, las situaciones administrativas y los derechos, deberes e incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas.
- c) La competencia exclusiva, en materia de personal laboral, para la adaptación de la relación de puestos de trabajo a las necesidades derivadas de la organización administrativa y sobre la formación de éste personal”.

Dicha redacción, contiene un doble escalón competencial, el primero contiene materias donde actúa el concepto de competencia compartida, fuera del cual, la competencia deviene exclusiva de la Generalitat. Es importante, por tanto delimitar, la materia que se corresponde con la competencia compartida, pues es en este ámbito donde opera el Estatuto Básico.

A este respecto, cabe señalar la existencia de dos especificaciones estatutarias que pueden entrara en contradicción con la competencia de legislación básica del Estado. La primera contradicción la encontramos en la referencia a los “principios ordenadores” y la segunda al listado de materias que teóricamente comprendería tal competencia compartida.

a. Las bases estatales como principios jurídicos

El primer punto puede entender resuelto en el plano más genérico de la interpretación del artículo 111 del Estatuto de Cataluña, donde se efectúa la descripción del tipo competencial referido a las competencias compartidas. En este precepto se dispone lo siguiente:

“En las materias que el Estatuto atribuye a la Generalitat de forma compartida con el estado, corresponden a la Generalitat la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, en el marco de las bases que fije el Estado como principios o mínimo común normativo en normas con rango de Ley, excepto en los supuestos que se determinen con arreglo a la Constitución y el presente Estatuto. En el ejercicio de estas

competencias, la Generalitat puede establecer políticas propias. El Parlamento debe desarrollar y concretar a través de una ley aquellas provisiones básicas”.

La interpretación de este precepto, debe hacerse en base a la introducción de las excepciones que en el mismo se consienten, con relación a la concepción de las bases como principios o mínimos comunes normativos, de forma abierta e indeterminada con arreglo a la Constitución y, lo que es consecuencia de ello, con arreglo a la interpretación que de la misma haya hecho y haga el Tribunal Constitucional, como sumo intérprete de la misma.

De hecho la redacción inicial del mismo precepto aprobada por el Parlamento de Cataluña y que llega a las Cortes Generales disponía que:

“Corresponden a la Generalitat la potestad legislativa, la integridad de la potestad reglamentaria y de la función ejecutiva en los casos expresamente previstos en este Estatuto. En ejercicio de estas competencias la Generalitat podrá establecer políticas propias o, cuando así lo decida libremente, la adopción de políticas comunes de acuerdo con lo establecido en el Título VI del Estatuto, en el marco de los principios, objetivos, estándares mínimos o normas que en cada caso determine el Estado. La Generalitat participará en el establecimiento de estos principios, objetivos, estándares mínimos o normas de acuerdo con lo previsto en el Capítulo III del Título VI del Estatuto”.

Tal como se puede apreciar la primitiva redacción limitaba el establecimiento de las bases del Estado a la ley, al atribuirse la generalitat la “integridad” de la potestad reglamentaria, y obligaba a que dichas bases se expresasen en “principios, objetivos, estándares mínimos o normas”, que además debían ser establecidos por el Estado con la colaboración de la Generalitat en el marco de la Comisión Bilateral contemplada en el Estatuto.

La redacción final, remite la concepción del establecimiento de las bases estatales al marco de la Constitución y, como ya se ha dicho, a la interpretación que de la misma ha venido produciéndose en esta materia por el Tribunal Constitucional. Por ello, dentro del concepto de base entran no sólo los principios y los objetivos sino verdaderas normas jurídicas directamente aplicables, lo que deriva del propio concepto material de bases (STC 54/1982, de 26 de julio, FJ 2º) y se refuerza mediante la exigencia de los elementos formales de ley a estas bases (SSTC 32/1981 y 69/1989). Pese a la permanente y estructural cualidad de indeterminación de lo básico, podemos recordar como doctrina más estable la contenida en la STC 102/1997, en la que se interpretaba el carácter básico del artículo 24.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la Reforma de la Función Pública (BOE núm. 185, de 3.9.1984) y en la que se recuerda que:

“una norma merece tal calificativo cuando garantiza en todo el Estado un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales”.

b. El ámbito material de las bases del empleo público

Hemos visto que el Estatuto de Cataluña limitaba el ámbito de la legislación básica a “la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, las situaciones administrativas y los derechos, deberes e incompatibilidades”.

Esta regulación, de aplicarse en sus términos estrictos y con carácter prevalente sobre el Estatuto Básico haría que no fuesen aplicables en Cataluña las regulaciones del mismo referidas a “clases de personal al servicio de las Administraciones públicas”; “código de conducta de los empleados públicos”, “planificación de recursos humanos”, “estructuración del empleo público”, “provisión de puestos de trabajo y movilidad”, “régimen disciplinario” y “cooperación entre las Administraciones Públicas”.

Frente a ello hay que recordar una larga serie de decisiones del Tribunal Constitucional que han ido señalando ámbitos materiales, nunca considerados exhaustivos, propios de la legislación básica estatal en este campo.

Partamos de la STC 99/1987, de 11 de junio, en cuyo FJ 3º,c) en la cual se entiende que en relación a la expresión “régimen estatutario de los funcionarios públicos”, se debe entender incluido:

“En principio, la formación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción de la carrera administrativa y a las situaciones que en éstas puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de cuerpos y escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones públicas”.

En otras sentencias vemos incluidas también: “la carrera profesional y sus aledaños” (STC 385/1993), el régimen de incompatibilidades (STC 178/1989), los procedimientos de participación en la fijación de las condiciones de trabajo y los órganos de representación a tal efecto (STC 98/1985), y el régimen retributivo (STC 103/1997).

De este modo, a mi juicio, no cabe duda que todos los aspectos regulados desde una perspectiva de extensión material por el Estatuto Básico son de aplicación en el territorio de Cataluña.

3.4. Colectivos de funcionarios y ámbitos competenciales

A lo anterior hay que añadir, que con relación a determinados colectivos funcionariales, la normativa básica puede tener una mayor incidencia en cuanto a su densidad normativa, e incluso que la totalidad de la regulación quede en manos del Estado.

En el primer caso se inscriben los denominados Cuerpos Nacionales. Así, la STC 25/1983, de 7 de abril, relativa a los Cuerpos de Secretarios, Interventores y Depositarios de Fondos de la Administración Local, admitió, en primer lugar, el carácter básico de la existencia de tales

Cuerpos Nacionales, también “que el sistema utilizado para la adscripción de tales funcionarios a plazas concretas sea el de concurso de carácter nacional”, y en términos generales “Todo aquello que sea preciso para la preservación de la normativa de una institución considerada como básica debe ser entendido asimismo como básico por vía de consecuencia o extensión”.

Incluso en la STC 214/1989 en el que se debatía la constitucionalidad del art. 98 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (BOE núm. 80, de 3.4.1985; en adelante, LRBRL) relativo al sistema estatal de selección, formación y habilitación de funcionarios de habilitación de carácter nacional, dice el Alto Tribunal:

“El detalle y la minuciosidad con que en esta materia se ha manifestado el ejercicio de la competencia estatal sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y el régimen estatutario de sus funcionarios -detalle que agota el ámbito normativo y, en aspectos muy relevantes, el propio ámbito de la ejecución que pudiera corresponder a las Comunidades Autónomas- no determina, sin embargo, que pueda acogerse la inconstitucionalidad del referido art. 98 L.R.B.R.L.”

Esta doctrina fue la base de la posterior jurisprudencia constitucional sobre los “Cuerpos Nacionales del personal al servicio de la Administración de Justicia” (SSTC 56/1990 y 105/2000).

El hecho de que el actual legislador básico haya hecho renuncia del espacio normativo que le confería la interpretación constitucional, no implica que en un futuro, no debe ser recordada dicha jurisprudencia como habilitadora de un cambio normativo.

Por su parte, las SSTC 235/1991 y 131/1996 han determinado el régimen del personal docente universitario como ámbito normativo exclusivo del Estado, correspondiendo el ámbito ejecutivo a la propia administración universitaria en base a su posición de autonomía. Posemos leer, así en la primera de las sentencias citadas:

“Los funcionarios de los cuerpos docentes universitarios no son funcionarios de las CCAA ni de la Administración Local, sino que son del Estado, por lo que en este caso las CCAA carecen de competencia de desarrollo normativo de las bases ya que toda la formación queda reservada al Estado”.

Las consideraciones anteriores, por tanto, obligan a matizar, también el ámbito de las competencias de la Generalitat, “en materia de función pública y el personal al servicio de las Administraciones públicas catalanas”.

3.5. Vinculaciones específicas al legislador autonómico derivadas del contenido del estatuto de Autonomía

Además de lo anterior, los Estatutos de Autonomía de Cataluña y Andalucía⁷ han introducido determinadas regulaciones específicas que vinculan al legislador autonómico respectivo.

En Cataluña, ya hemos mencionado el dato contenido en el artículo 111, EC en el que se formula una reserva de ley genérica para todas las concreciones de las previsiones básicas establecidas por el Estado, lo que prácticamente obliga a la redacción de dicha Ley para la puesta en marcha del Estatuto Básico, ya que no serían de aplicación ninguna de las remisiones que éste hace a normas reglamentarias para el desarrollo del mismo.

A su vez, en el artículo 71.7 EC se determina lo siguiente:

“Debe regularse por ley el estatuto jurídico del personal al servicio de la Administración de la Generalitat, incluyendo, en todo caso, el régimen de incompatibilidades, la garantía de formación y actualización de conocimientos y la praxis necesaria para el ejercicio de las funciones públicas.

En la medida en que el Estatuto conmina al legislador autonómico a establecer una triple garantía en beneficio del funcionario, extensible a su formación, a su actualización de conocimientos y la praxis ligada al ejercicio de sus funciones, en Cataluña surgen especiales deberes iniciales de la Administración pública catalana para hacer factibles las expresadas garantías.

Igualmente, en la medida en que el derecho a la formación y la actualización de conocimientos y praxis forman parte del contenido ordinario de la relación de servicio, se abre la posibilidad de una regulación especial y más intensa de procedimientos de comprobación de la posesión de tales conocimientos y praxis como requisitos de ascenso en la carrera.

En lo que se refiere al Estatuto de Andalucía, el artículo 135 contiene dos reglas de gran importancia con relación al principio de igualdad de género:

“Una ley regulará el principio de presencia equilibrada de hombres y mujeres en el nombramiento de los titulares de los órganos directivos de la Administración andaluza cuya designación corresponda al Consejo de Gobierno o a los miembros del mismo en sus respectivos ámbitos. El mismo principio regirá en los nombramientos de los órganos colegiados o consultivos que corresponda efectuar en el ámbito de la Administración andaluza.”

Este precepto, obliga a una clarificación en la normativa andaluza del concepto de órgano directivo. En efecto, no necesariamente, se deriva del Estatuto Básico que el personal directivo ocupe, de por sí cargos que deben ser calificados como órganos directivos. En realidad la

⁷ Ley Orgánica 2/2007, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOE núm. 68, de 20.3.2007).

condición de directivo se predica por su relación con la función directiva, que puede desarrollarse en órganos directivos, pero en los que el directivo como tal no tenga por qué ser el titular, sino que tal condición puede seguir siendo reservada a aquel personal de designación estrictamente política. Ello tiene como consecuencia, que esta norma del Estatuto andaluz no implica obligatoriamente (aunque no lo impide) que la paridad de género se predique en la ley andaluza del personal directivo, incorporando, en su caso, un nuevo requisito de selección.

Por lo que se refiere a los nombramientos en órganos colegiados y consultivos, a mi juicio, la regla estatutaria plantea un problema interpretativo, al referir estos nombramientos a los que corresponda realizar “en el ámbito” de la Administración andaluza.

En primer lugar, ello elimina la aplicación obligatoria de esta regla a los órganos que se corresponden con las “Instituciones de Autogobierno” recogidas en los artículos 128 a 132 del Estatuto (Defensor del Pueblo, Consejo Consultivo, Cámara de Cuentas, Consejo Audiovisual y Consejo Económico y Social)

En segundo término, se plantea si dicha regla vincula, sólo a los nombramientos efectuados por la Administración andaluza o a los nombramientos efectuados por organizaciones sociales o por otras Administraciones públicas distinta de la autonómica.

A su vez, el artículo 136 EA, establece:

“La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos de la Administración de la Junta de Andalucía, el acceso al empleo público de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, y establecerá un órgano administrativo de la función pública resolutorio de los recursos que se interpongan en esta materia.”

De este precepto se deriva en primer lugar una posible diferenciación legislativa para el acceso al empleo público y para la regulación del estatuto del empleo público andaluz. Al igual, que no ha sido nunca un requisito el que toda la normativa básica se concentrase en un único cuerpo normativo (ni siquiera el propio Estatuto Básico incorpora todos los aspectos de lo básico, al dejar fuera la materia de incompatibilidades), tampoco lo es que la normativa autonomía de desarrollo se articula mediante una única ley. Sin embargo, las conexiones que tiene el acceso al empleo público con el resto de la regulación de esta materia hacen aconsejable una norma única.

Además el art. 136, contiene la previsión de un órgano administrativo especializado en recursos sobre “esta materia”. La mención en dicho precepto al acceso y al estatuto funcional, hace prever que dicho órgano debe conocer por mandato estatutario de ambos tipos de asuntos. Sin embargo, lo que debe regularse, además es la relación que dicho órgano puede tener, bien con las comisiones paritarias previstas en el artículo 38.5 del Estatuto Básico para el conocimiento y resolución de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación de los Pactos y Acuerdos y de los sistemas de mediación y arbitraje contenidos en el artículo 45 del mismo Estatuto Básico para la solución extrajudicial de conflictos colectivos.

4. Un ejemplo de los aspectos problemáticos de regulación del empleo público y de interpretación del nuevo Estatuto Básico: la determinación de la reserva de funciones para los funcionarios públicos y de los criterios para la determinación de los puestos de trabajo laborales

Dado el limitado espacio que pretendo dar a esta Introducción General, he seleccionado un asunto, en donde se ponen de manifiesto de forma práctica y concreta algunos de los elementos que hemos venido señalando, acerca de las dificultades de realizar una regulación coherente de la materia del empleo público y que se puede localizar en el corazón mismo de la diferenciación regulatoria entre relación estatutaria y relación laboral.

El artículo 9 del Estatuto Básico caracteriza a los funcionarios de carrera, como aquellos “quienes, en virtud de 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”,

Por su parte el artículo 11 del mismo cuerpo legal define al personal laboral como “el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato, este podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal”.

Partimos, así, de dos relaciones de empleo diferenciadas, una por nombramiento y otra en virtud de contrato de trabajo; una que implica una relación estatutaria y está sometida al Derecho Administrativo y otra implica una relación laboral y esta sometida al Derecho del Trabajo; una que presta servicios de carácter permanente y otra que, en función del tipo de contrato, podrá tener una duración permanente, indefinida o temporal. Tienen, en cambio, en común que trabajan para una Administración pública y realizan actividades retribuidas.

A su vez, el apartado 2 del artículo 9, establece una reserva de funciones que realizan las Administraciones públicas cuyo ejercicio debe ser encomendado a funcionarios públicos en los siguientes términos:

“En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos en que la ley de desarrollo de cada administración pública se establezca”.

Igualmente, en el apartado 2 del artículo 11 se determina que:

“Las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto establecerán los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que puedan ser desempeñados por personal laboral, respetando, en todo caso lo establecido en el artículo 9.2.”

Estos preceptos plantean una suerte de *desideratum* en la Administración pública, cual es el de una diferenciación cualitativa de determinadas funciones con las que se correspondiera estricto sensu la relación estatutaria. Tal *desideratum* tiene varios orígenes.

Así, la importancia de los ámbitos materiales en los que operan las Administraciones públicas, debido a su extensión prácticamente equiparable a la que existe en el sector privado, hace que sea difícil determinar funciones que se realizan en el sector público que no se producen en el sector privado. En consecuencia con lo anterior, en casi todos los sectores de la Administración se han dado casos de relaciones de carácter laboral, incluso en los puestos que se corresponden con los niveles administrativos de los cuerpos técnicos. Igualmente, no es fácil emplear un criterio de base constitucional, en cuanto que se pretendiese delimitar un ámbito ligado al poder político donde las decisiones estuviesen más ligadas al ejercicio de la soberanía.

El propio Estatuto Básico contiene aspectos que reflejan esta dificultad. En primer lugar los criterios genéricos utilizados en el art. 9.2, que se refieren a conceptos tan imprecisos como el de “potestad pública” o “interés general”, aderezados por que la relación con estos conceptos parte de otros términos de gran ductilidad -“impliquen” y “participación”-, a lo que añade la forma “directa” o “indirecta” en que se realice la actividad.

En segundo término, de lo dispuesto en los apartados segundos de los artículos 9 y 11, ya antes anotados, se produce una remisión a los legisladores de desarrollo del Estatuto Básico para la concreción de tales conceptos, por lo que puede producirse que haya interpretaciones aplicativas diferentes relacionadas con el mismo tipo de funciones o de conjuntos de puestos de trabajo.

Ello obliga a interpretar si existe una libertad por parte del legislador para realizar tales determinaciones, o si, para cada caso concreto el que, en una Comunidad Autónoma o en el mismo Estado, una función aparezca o no reservada a funcionarios, implica un cuestionamiento de la motivación que ampare dicha reserva. Dicho de otra manera, no parece claro si lo dispuesto en el 9.2 es una habilitación al legislador de desarrollo para reservar puestos de trabajo a funcionarios, en base a los criterios contenidos en dicho precepto, o constituye una obligación de declarar reservados a funcionarios todos los puestos en los que se produzcan tales circunstancias.

Desde otra perspectiva, en este caso la de la introducción de la figura de los directivos, se plantean también problemas para la delimitación de las funciones reservadas a funcionarios. En efecto, en aplicación del artículo 13.1 del Estatuto Básico, los directivos desarrollan “funciones directivas”, si bien tales funciones son definidas como tales en “las normas específicas de cada

Administración". A su vez, en el apartado 4 del mismo artículo 13, aparece de forma expresa la previsión de que el personal directivo pueda estar sometido a una relación laboral.

Quiere ello decir, en primer lugar, que debe ser posible realizar la definición de una función directiva basada en una relación laboral y que, por tanto, existan funciones directivas en que no "impliquen una participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales". De lo anterior se desprendería que la intensidad de contenido una función pública, como es la directiva, no es en sí misma un criterio para configurara una reserva a favor de la función pública.

Igualmente, se plantea la incoherencia potencial de que, en el sector de actividad donde se configura una función directiva de carácter laboral, puedan existir puestos de trabajo subordinados al del directivo laboral a los que se aplique o sea conceptualmente posible aplicar la reserva de funciones para funcionarios.

Un elemento más del Estatuto Básico, que dificulta la concreción conceptual de la reserva funcional del art. 9.2, proviene del art. 57.1 en el que se contempla las condiciones de acceso al empleo público de los nacionales de los países comunitarios. Aquí se plantea una auténtica *contradictio in terminis* con el art. 9.2. Así, se dispone, en términos generales, que los nacionales comunitarios puedan acceder "como personal funcionario", en igualdad de condiciones que los españoles, a los empleos públicos. Pero a la regla anterior se añade una excepción, que precisamente coincide con las funciones reservadas en el art. 9.2 a los funcionarios. Es decir, se derivaría la chocante afirmación según la cual los nacionales comunitarios podrían acceder como funcionarios a los empleos públicos excepto a los reservados a los funcionarios públicos.

Es sabido que la excepción dispuesta para nacionales comunitarios de acceso a las funciones públicas deriva de la interpretación restrictiva que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha realizado de las limitaciones que los Estados Miembros de la Unión Europea pueden poner a la cláusula de libertad de circulación de trabajadores contenida en el art. 39 del TCE.

De aquí se deriva que todos aquellos puestos funcionariales en los que en teoría podría ser admitido el acceso de un nacional comunitario, podrían ser declarados por la legislación de desarrollo del Estatuto Básico como comprendidos en el ámbito de las relaciones laborales, ya que no implicarían, por definición y mandato del art. 57.1 ni ejercicio directo o indirecto de potestades públicas, ni participación directa o indirecta en la salvaguardia de los intereses generales.

En el ámbito local, se produce, sin embargo, una nueva contradicción a la hora de pretender aplicar el criterio de la reserva de puestos a funcionarios públicos. En la Disposición adicional segunda, en su apartado 1.1, relativo a las funciones públicas de las Corporaciones Locales, se declara que:

“Son funciones públicas cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente a funcionarios, las 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”.

Sin discutir lo acertado de estos criterios de delimitación de la reserva funcional, lo cierto es que por mor del derecho comunitario de ciudadanía contenido en el artículo 19 TCE, dichos criterios quedan en entredicho. En efecto, dicho precepto consagra el derecho de los nacionales comunitarios a participar como electores y elegibles en las elecciones municipales del Estado miembro del que sean residentes. Recuérdese que la inclusión de este derecho de ciudadanía en el Tratado de Maastrich obligó a una previa reforma constitucional del artículo 13 CE y ha sido recogido en la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general (BOE núm. 89, de 13.4.2007).

En consecuencia, cualquier nacional comunitario residente en España puede ocupar el cargo de Alcalde (también el de concejal). Pues bien, como Alcalde, en virtud de las atribuciones que le confiere el artículo 21 de la LRBRL:

- a) dirigiría el gobierno y la administración municipal;
- b) dirigiría, inspeccionaría e impulsaría los servicios municipales;
- c) desempeñaría la jefatura superior de todo el personal del Ayuntamiento;
- d) ejercería la jefatura de la policía municipal.

La atribución de tales funciones a un nacional comunitario dificulta, obviamente, cualquier construcción teórica que permita justificar cumplidamente, el hecho de que otros nacionales comunitarios, no puedan realizar funciones subordinadas a las del Alcalde, con el que pudieran compartir, incluso, nacionalidad.

Todo lo anterior pone de manifiesto, cómo lo que puede ser racional desde la perspectiva de la relación estatutaria, en sí misma considerada, se pone en crisis o en una alta dificultad de aplicación, cuando:

- a) nos situamos ante las actuales Administraciones públicas, cuyo campo de actuación, incluso mediante potestades, y en todo caso al servicio de los intereses generales, es paralela a la desarrolla en el sector privado;
- b) combinamos la relación funcional con la inclusión de un espacio gerencial o directivo como intermedio de la dirección política;
- c) hacemos introducción de los derechos de libre circulación de trabajadores o de los de ciudadanía derivados del derecho comunitario.