



**Delimitación funcional entre el régimen del personal laboral y
el régimen de funcionarios al servicio de las administraciones
públicas siete años después del EBEP**

TRABAJO FIN DE GRADO
GRADO EN DERECHO

M. Elena Vaquero Preciado
Tutor: D. Jorge Fernández-Miranda Fernández-Miranda
Junio 2015
Calificación: Matrícula de Honor

Palabras clave: Función pública, Personal al servicio de la Administración, Funcionarios, Personal laboral, Asignación de funciones.

Resumen: La ausencia de contenido preciso del concepto "Función Pública" que justifica la existencia del régimen funcionarial en la Administración, dificulta que los órganos competentes para el desarrollo de las normas estatales básicas en esta materia cuenten con unas directrices precisas a la hora de determinar qué funciones deben ser desempeñadas por funcionarios públicos investidos de todas sus prerrogativas, y cuáles pueden serlo por personal contratado en régimen laboral al servicio de la Administración Pública.

Este trabajo pretende, de un lado, poner de manifiesto esta problemática y , de otro, ahondar en la transcendencia que esta ausencia de directrices claras tiene tanto para los derechos de los administrados como para la tutela de los mismos.

ÍNDICE

1. Introducción.....	3
2. Conceptos.....	4
2.1. Función Pública.....	4
2.2. Personal al servicio de la Administración Pública.....	8
3. Naturaleza jurídica.....	10
3.1 Naturaleza jurídica del régimen funcional.....	10
3.2 Naturaleza jurídica del régimen laboral.....	13
4. Problemática.....	15
4.1. En el ámbito de las competencias legislativas.....	15
4.2. En el ámbito de la tutela de los derechos de los administrados.....	17
5. Soluciones.....	20
5.1. Legislativas.....	20
5.2. Doctrinales.....	26
5.3. Jurisprudenciales.....	27
6. Ejemplificación del problema.....	31
7. Conclusiones.....	36

La relevancia del artículo 103. 3 CE en el ordenamiento. Delimitación funcional entre el régimen del personal laboral y el régimen de funcionarios al servicio de las administraciones públicas siete años después del EBEP.

1. INTRODUCCIÓN

Dispone el artículo 103. 3 que la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho de sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

En el presente trabajo, se intenta poner de relieve la problemática que genera la falta de concreción normativa del concepto "función pública", cuyo desempeño podemos identificar como elemento esencial que justifica el establecimiento para los funcionarios de todo un elenco de *"aspectos diferenciados aunque conexos"*¹ que cabe extraer de este precepto constitucional: i) la reserva de ley en lo referente al estatuto de los funcionarios públicos, ii) la garantía de acceso a la función pública conforme a los principios de mérito y capacidad, iii) la dimensión peculiar del ejercicio del derecho de sindicación por los funcionarios públicos y iv) la salvaguardia de la imparcialidad de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones que encomienda la Constitución a la existencia de un sistema de incompatibilidades y garantías.

El identificar las tareas propias de los funcionarios, a los que el texto constitucional reserva un régimen tan singular ha de pasar necesariamente por analizar el motivo por el cual este se establece, y que figura también de manera expresa en este precepto constitucional objeto de estudio: "la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones". Es por tanto también determinante este concepto para tratar de establecer unos criterios que permitan delimitar dentro del marco normativo existente respecto del personal al servicio de la administración, qué puestos pueden ser desempeñados por cada tipo de personal que el ordenamiento dispone que pueden permanecer al servicio de la Administración Pública, y sobre todo, qué funciones concretas son las que han de gozar de imparcialidad en su ejercicio, en atención a garantizar el respeto al citado precepto constitucional.

¹ Sinopsis del artículo 103 elaborada por el Profesor de la Universidad Complutense D. Ernesto García Trevijano. (diciembre 2003). Actualización por Vicente Moret. Letrado de las Cortes Generales 2011. En <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=104&tipo=2>

2. CONCEPTOS

2.1 FUNCIÓN PÚBLICA

Parece oportuno comenzar, por lo tanto, por intentar siquiera una aproximación al concepto "función pública", dado que no encontramos en las normas positivas una definición precisa y clara de tan importante instituto jurídico a cuyo ejercicio la Constitución otorga una especial consideración, al reconocerle unas preceptivas garantías de incompatibilidad y de imparcialidad.

En la intención de poner de relieve el concreto problema que abordamos, parece acertado citar a RAMÓN PARADA² que afirma *"hace años que venimos dedicando una obra a la organización administrativa y al empleo público en España³, eludiendo la expresión función pública, porque la admisión de un régimen laboral paralelo para los servidores públicos y la deriva laboralista misma del régimen jurídico de los funcionarios públicos, tan distinto ya del modelo tradicional, obliga a un cambio terminológico"*. Incluso, afirma que esta es la base de que el EBEP erradique de su propio título, la referencia a la función pública, como si ello pudiera *per se* influir en la configuración constitucional de la particularidad y las garantías que para su ejercicio establece la Carta Magna.

Por su parte, el EPEP parece que identifica la "función pública" constitucional, con las "potestades públicas", ya que es el ejercicio de estas tareas al cual, el artículo 9 del Estatuto reserva expresamente a los funcionarios, pero tampoco esta norma otorga unos criterios que nos ayuden a concretar qué actividades o qué elementos de los sectores de actividad nos permiten identificar si un determinado acto, una disposición o incluso, una omisión individualizada es o no manifestación de una potestad pública, y ni siquiera cuáles son exactamente estas potestades o funciones públicas.

Indica LINDE PANIAGUA⁴ que *"podría decirse que para la Constitución de 1978, salvo algunas excepciones, las potestades y técnicas administrativas carecen de relevancia constitucional"* pues considera que les otorgan la consideración de meros

² Ramón Parada. *Derecho del Empleo Público* Marcial Pons. Madrid 2007 Págs. 39-40.

³ La obra a la cual se refiere es Ramón Parada *Organización Administrativa y Empleo Público* 15ª ed. Marcial Pons. Madrid 2006.

⁴ E. Linde Paniagua. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Colex, Madrid 2010 Págs. 267 y ss.

instrumentos subordinados a los mandatos de intervención, y ni siquiera presta atención a alguna de las potestades más relevantes de la administración de nuestro tiempo, elemento este sobre el que volveremos más adelante.

Desde un punto de vista que parece tener mucha repercusión en la deriva adoptada por el legislador en cuanto a la gestión de recursos personales en la Administración Pública, y así parece que se ha entendido en la división realizada por el EBEP de los puestos de trabajo; se puede entender que tal y como señala FÉREZ FERNÁNDEZ⁵ es el puesto de trabajo el elemento condicionante del modelo de gestión de personal, pues citando a la Comisión redactora del Estatuto Básico del Empleado Público *"la comisión considera que el puesto de trabajo debe ser contemplado en todas las Administraciones Públicas como el núcleo básico de gestión de recursos humanos. Su centralidad es incuestionable, dado que en torno a él se deberían desarrollar necesariamente- y, en la práctica, se desarrollan ya hoy en buena medida diferentes componentes de la gestión de recursos humanos a) la definición de los perfiles de idoneidad de las personas para el desempeño de las funciones; b) la asignación y supervisión de las tareas; c) la evaluación del desempeño de los empelados; d) la fijación de la retribución, o, mejor dicho, de una parte de ella; e) una de las modalidades de carrera profesional, aquella que implica cambio de puesto de trabajo"*.

En base a esta concepción del puesto como núcleo de la gestión de recursos humanos, hay que revisar la configuración clásica de puesto en la Administración *"como el acotamiento estático y repetitivo de una serie de tareas específicas realizadas por un determinado empleado o un pequeño grupo de ellos"* pues las principales consecuencias de esta concepción son *"la ausencia de flexibilidad, la imposibilidad de gestionar la diferencia y grandes dificultades para implantar la polivalencia de los puestos. Esta concepción supone una barrera prácticamente infranqueable para una Administración que debe estar en permanente proceso de adaptación a las necesidades de la sociedad"*.

Para evitar el establecimiento y permanencia de esta barrera, se concibe a las funciones y tareas que forman parte de la definición del puesto de trabajo (entendido este como *"conjunto de funciones, actividades y tareas u otras responsabilidades encomendadas por las organizaciones administrativas a cada empleado para cuyo desempeño sean*

⁵ M. Férez Fernández; en capítulo primero de Castillo Blanco, F.A (dir) Manual de Empleo Público. Iustel 2009 Págs. 63 y ss.

exigibles determinados méritos, capacidades y experiencia profesional") como un concepto en el que profundizar dado "el enorme potencial que dicha distinción puede tener a la hora de diseñar un modelo de gestión de recursos humanos", que considera FÉREZ FERNÁNDEZ "que es la que parece más adecuada para ayudar a conciliar el interés de la organización con el empleado público".

Para ello y citando a TOÑA Y GORRITI⁶, diferencia FÉREZ FERNÁNDEZ entre "*funciones del puesto*" entendiendo estas como responsabilidades que un puesto de trabajo asume respecto de un ámbito concreto, y resultando que la función identifica qué se hace o se debe hacer; y "*tareas del puesto*", entendidas estas como actividades desarrolladas en el proceso mediante el cual se satisface la responsabilidad enunciada en la función.

Nos aproximamos con todo lo expuesto a la idea del primer elemento objeto de definición, el término "función", pero ¿qué añade a este sustantivo el adjetivo "Pública"?

En sentido literal, la acepción ajustada al elemento de estudio, arroja que pública es "*la potestad, jurisdicción y autoridad para hacer algo, como contrapuesto a privado.*"⁷; y potestad es "*dominio, poder, jurisdicción o facultad que se tiene sobre algo*".

Entendiendo, por tanto, que a los efectos que nos ocupan, jurisdicción y autoridad se pueden subsumir mediante relación género especie en el genérico "potestad"; en el concepto "función pública" a la referida "función" como responsabilidades asumidas, hay que añadir la noción de potestad para completar dicho concepto.

Volviendo a LINDE PANIAGUA⁸ y a la idea de "potestad", estas son como hemos apuntado, "*meros instrumentos subordinados a los mandatos de intervención*" y "*son contingentes... mientras que los principios y las misiones constitucionales son permanentes en la medida en que la Constitución no sea reformada*". Los mandatos de la Constitución no pueden reconducirse al estrecho modelo liberal de policía, fomento y servicio público, que considera LINDE PANIAGUA, ha sido desbordado por el Estado

⁶ Gorriti, M y Toña F, "El nuevo modelo de organización y Recursos Humanos de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco", Presupuesto y Gasto público, núm. 41,2006.

⁷ Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Voz "Pública" (tercera acepción) Avance de la vigésima tercera edición en <http://lema.rae.es/drae/?val=p%C3%BAblica>.

⁸ E. Linde Paniagua. Ídem.

interventor actual que lleva a cabo un extraordinario conjunto de actividades resultando el denominado "*Estado responsable universal*" donde casi nada de lo que acontece a los ciudadanos escapa a la responsabilidad directa o indirecta de este.

Por ello, afirma que las potestades atribuidas tanto por la Constitución como por las Leyes, suponen una atribución de partida para el cumplimiento de sus misiones; no siendo, por tanto, "*disponibles o modificables por el titular de las mismas, y serán además, inalienables, intransmisibles, imprescriptibles e inagotables*".

Indica que la comprensión de lo que es una potestad se facilita si se compara con el concepto de derecho subjetivo, pues es el anverso de este. Así "*el derecho subjetivo: tiene su origen en una específica relación jurídica; versa sobre un objeto concreto; consiste en una pretensión precisa; y se corresponde con una posición de deber exigible del sujeto. Y por el contrario, la potestad: no es el resultado de una relación jurídica, sino que se genera directamente en el ordenamiento; no recae sobre un objeto específico y determinado, sino que tiene un carácter genérico; no se concreta en una pretensión, sino que supone la abstracta posibilidad de producir efectos jurídicos y, en consecuencia de dar origen al surgimiento de relaciones jurídicas singulares; y por último, frente a la potestad no hay una situación de deber sino de sujeción, esto es la obligación de soportar los efectos determinados por el ejercicio de la potestad*".

De todo ello se deduce, que las potestades son elementos otorgados por el ordenamiento para posibilitar a las Administraciones el cumplimiento de los fines que tienen encomendados, y que si bien la Constitución no ha configurado como concepto cerrado y determinado en cuanto a su número y contenido; sí se ha preocupado expresamente de reservar su ejercicio de manera expresa a los funcionarios públicos al imponer su ejercicio bajo las garantías de imparcialidad de las que estos están investidos.

Además, cabe resaltar la significativa circunstancia de que habiendo sido desbordado por el Estado actual el modelo liberal de policía, fomento y servicio público, las facultades otorgadas a la Administración han sido arrojadas en esa misma proporción, por lo que difícilmente pueden circunscribirse únicamente al tradicional ejercicio de autoridad, aunque se entienda este en sentido amplio.

2.2 PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El personal al servicio de la Administración Pública encuentra su normativa básica en la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), que en su artículo 8 tras definir empleados públicos como aquellos que desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones públicas al servicio de los intereses generales, los clasifica en a) funcionarios de carrera, b) funcionarios interinos, c) personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal, y d) personal eventual.

Acertadamente, el Profesor Jorge Fernández-Miranda Fernández-Miranda⁹ incide en la relevancia y la problemática del proceso de laboralización que venía sufriendo nuestro modelo de función pública y que se ha consolidado con la aprobación del EBEP; y en las dudas que genera el verdadero alcance y significado de la reserva de ejercicio enunciada, habida cuenta de la imprecisión en los límites que deben observar las leyes de desarrollo de cada Administración Pública.

Más allá va RAMÓN PARADA¹⁰ que considera que con el EBEP *"al erradicar de su título la referencia a la función pública presente en la Constitución (art. 103.2) y las leyes hasta ahora vigentes, y formular una regulación mayoritariamente unitaria para empleados funcionarios y laborales, pone de relieve que el propio legislador levanta acta del fin del modelo de función pública tradicional"*.

La propia exposición de motivos del EBEP indica que toma como punto de partida el *"principio constitucional de que el régimen general del empleo público en nuestro país es el funcional"*, pero asume que ha de reconocer e integrar *"la evidencia del papel creciente que en el conjunto de las Administraciones Públicas viene desempeñando la contratación de personal laboral para el desempeño de determinadas tareas"*.

Parece vincular a este proceso de continua e inacabada reforma del régimen del personal al servicio de la Administración que prosigue con el EBEP, el hecho de que la gestión del empleo público adolece de una suerte de necesidades *"de nuestro tiempo"* que permitan de un lado *"satisfacer el derecho de los ciudadanos a una buena administración"*, de otro *"atraer a los profesionales que la Administración necesita"* y

⁹ Fernández-Miranda, J. "El Estatuto Básico del Empleado Público y la regulación de las funciones reservadas al funcionario Público". REDA. Núm. 139. Sept. 2008.

¹⁰ Ramón Parada ídem.

por último facilitar *"una gestión racional y objetiva, ágil y flexible del personal, atendiendo al continuo desarrollo de las nuevas tecnologías"*.

Afirma este prelude justificativo del EBEP que el alto grado de descentralización de nuestro país afecta a la estructura y articulación de la función pública del personal al servicio de la administración, pues sostiene que las Administraciones autonómicas y locales cuentan con sus propios problemas, necesidades y hondas diferencias entre ellas y que ello justifica que el régimen de la función pública no pueda *"configurarse hoy sobre la base de un sistema homogéneo que tenga como modelo único de referencia la Administración del Estado"*.

Parece que las opciones del legislador se limitaban a la disyuntiva entre dos únicas posibilidades. De un lado, mantener un régimen estricto del personal al servicio de la Administración General del Estado aplicable a todos los funcionarios públicos, incluso a los que tenían regímenes Especiales de manera supletoria, como venía ocurriendo con el marco previo que, aunque matizado por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP), continuaba establecido por el Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (LFCE). Este texto normativo, manteniendo el esquema tradicional funcionarial abordó en su día la unificación de su régimen jurídico, las especialidades de los sistemas de ingreso, la asignación en exclusiva de determinadas funciones y la implantación de la inamovilidad; pero que a su vez incorporó al régimen del personal al servicio de las Administraciones Públicas, elementos del sistema anglosajón, como la formación generalista y no especializada, un típico sistema de organización empresarial del personal como es la clasificación de puestos de trabajo que extrañamente permite la adscripción singular en un entorno de formación generalista, completado con un sistema retributivo peculiar que vinculaba las retribuciones básicas a la pertenencia a un Cuerpo concreto y las retribuciones complementarias al puesto realmente desempeñado. Pero lo más singular de la LFCE es que abrió la posibilidad de establecer dos tipos de vinculación profesional con la Administración distintas a la clásica del funcionario público: los funcionarios eventuales y muy especialmente los contratados, tanto en régimen administrativo como laboral¹¹.

¹¹ J.A. Santamaría Pastor *Ibidem* págs. 736 y ss.

De otro lado y como única alternativa barajada, planteaba el legislativo el establecer, como ha resultado de la reforma iniciada por el EBEP, un sistema abierto al desarrollo por las distintas administraciones, que permita a cada una de ellas mayor flexibilidad a la hora de gestionar sus recursos personales y adaptarlos a sus necesidades específicas, que deriva del propio artículo 6 que dispone que *"en desarrollo de este Estatuto, las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas aprobarán, en el ámbito de sus competencias, las Leyes reguladoras de la Función Pública de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas"*.

3. NATURALEZA JURÍDICA

Afirma el Profesor José Lois Estévez¹² que la introducción del concepto *"naturaleza jurídica"* y su general técnica por parte de los juristas de abordarlo al inicio del estudio de cada institución, *"no es el resultado de un capricho del azar, sino de una razón grave de índole práctica y teórica"*. Habrá que descender a los orígenes y las causas de la institución, e incluso *"acudir a veces a un criterio superior extranormativo y sintético, que dé sentido y razón a la propia disciplina jurídica del instituto"*.

Por este motivo, planteamos en este trabajo que, ante cualquier cambio en el reparto de funciones a las distintas clases de trabajadores públicos, ha de concretarse meridianamente y tener siempre presente el sentido último del establecimiento del régimen funcionarial y su diferencia con el régimen laboral; cuestión que podemos esbozar mediante el análisis de la naturaleza jurídica de los distintos regímenes del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

3.1 NATURALEZA JURÍDICA DEL RÉGIMEN FUNCIONARIAL

Buscando pues la razón de la reserva del ejercicio de la función pública a los funcionarios, que es el origen y la causa del establecimiento del régimen especial otorgado a este tipo de empleados, podemos empezar por el encuadre comparativo de esta especialidad. RAMÓN PARADA¹³ afirma que fenómenos de organización de personas al servicio de los poderes públicos (burocracia) los ha habido en todas las épocas y al servicio de todos los regímenes: monarquías, repúblicas, democracias, dictaduras, e incluso en las iglesias, y en todas las ocasiones encontraron problemas de

¹² Lois Estévez, José. "Sobre el concepto de Naturaleza Jurídica". Anuario de filosofía Núm. 4, 1956. ISSN: 0518-0872. Págs. 159-182.

¹³ Ramón Parada. *Ibidem.* págs. 11 a 13.

gestión cuya solución, en todos los casos, requirió de técnicas. Indica que el nacimiento de la burocracia pública moderna con su régimen diferenciado del común, en lugares como Francia es fruto de *"una operación de cesárea, término apropiado porque fue impuesta por Napoleón; y en otros lugares, como los estados anglosajones, tuvo que vencer para implantarse a la resistencia del pensamiento liberal, que recelaba por el riesgo de que una burocracia pública permanente y estable compartiera el poder político.*

Frente a la estabilidad de los empleos, base fundamental de toda organización burocrática, el purismo liberal aducía en contra el argumento democrático del riesgo de la apropiación del poder por un funcionario inamovible, Además, en una época en la que no hay financiación pública para la actividad política ni a penas partidos políticos, los empleos públicos son la única moneda con la que se puede recompensar a los que apoyan a los ganadores de las elecciones, lo que también era incompatible con empleos permanentes. En el sistema liberal ideal no hay, pues, necesidad de regular el empleo público. Los funcionarios son nombrados y despedidos por la simple voluntad de quien ostenta el poder para ello".

En frente de este modelo liberal: el pensamiento burocrático prusiano aportado a la civilización europea, que considera la burocracia el mejor modo de gobierno y administración, cuya adopción por este país marca el comienzo de la edad contemporánea y cumple el papel de la revolución en Francia. A esta forma de política peculiar se le suele llamar *"estado de funcionarios"*.

Pero es en Estados Unidos, donde el rechazo al funcionario inamovible es más radical. PARADA cita una frase del Presidente Jackson ilustrativa al respecto *"los trabajos confiados a los agentes del Estado son tan fáciles que todo hombre inteligente puede adaptarse a ellos sin demora"*. La defensa contra el riesgo de un funcionario permanente, y el temor de una *"propiedad antidemocrática sobre las funciones públicas"* fueron utilizados para despojar de sus puestos a los funcionarios de ideología contraria y recompensar con ellos a los propios partidarios después de ganar las elecciones. Los empleos públicos se convierten en una conquista de los vencedores *"spoils system"* o sistema de botín.

Centrándonos en España, afirma GIL CREMADES¹⁴ que el constituyente dio por supuesto el concepto moderno y burocrático de funcionario francés derivado de la catástrofe que para la función pública francesa supuso la segunda guerra mundial. En 1944 aprobó un nuevo régimen general para un modelo político administrativo que no puede ser concebido más que para el objetivo de satisfacer los intereses colectivos de la sociedad, y por ello los funcionarios son los agentes del Estado o de las colectividades públicas.

Cabe en este punto reflexionar nuevamente sobre los mandatos constitucionales que han de regir indefectiblemente el ejercicio de las funciones públicas. En primer lugar, como ya hemos apuntado, el artículo 103 orienta sobre ello al determinar que sus específicas regulaciones son para garantizar *"la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones"*, y a su vez, dispone en su apartado primero como esencia de la Administración Pública, como también hemos apuntado, que *"sirve con objetividad los intereses generales"*.

Parece, pues, que la objetividad de la Administración se garantiza, entre otros factores y respecto al tema objeto de estudio, con la imparcialidad de las personas que ejercen sus funciones, imparcialidad que ha sido también reconocida en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que en su artículo 41 identifica como elemento definidor de una buena administración el derecho de las personas a que se *"traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable"*.

La imparcialidad citada en el artículo 103.3, entiende GIL CREMADES¹⁵, que *"está más en la línea de garantizar la imparcialidad del funcionario, no frente a él mismo, sino frente a los demás, a aquellos que puedan forzarle mediante amenaza o prebenda a adoptar una conducta parcial"*, y que *"sus garantías están concebidas sin duda en beneficio de los ciudadanos, pero encuentran su reverso en la necesidad de proteger al funcionario contra las presiones políticas"*.

Al respecto, afirma el EBEP en su artículo 1. 3 e), que la imparcialidad se garantiza con la inamovilidad en la condición del funcionario de carrera, luego tal imparcialidad, no queda salvada con el único hecho de que se acceda al puesto por los criterios de *"mérito y capacidad"*, como parece haber entendido parte de la doctrina y el legislador a tenor de las recientes modificaciones legislativas y manifestaciones doctrinales al respecto, ha

¹⁴ R. Gil Cremades. La imparcialidad en la función pública. Reus. Madrid.

¹⁵ R. Gil Cremades. *Ibidem*, pg. 40.

de confluir además el desempeño con carácter permanente que es precisamente el sesgo que les mantiene a salvo de influencias ajenas al interés general que debe mover el desempeño de su actividad. Es esta la cualidad que desde luego no ostentan los contratados en régimen laboral, pues en su condición de removibles pueden ser objeto de presiones tanto externas como internas capaces de vulnerar su objetividad e imparcialidad.

3.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL RÉGIMEN LABORAL

Acudiendo a la naturaleza jurídica del contrato laboral, el Estatuto de los Trabajadores¹⁶ describe un marco normativo en base al presupuesto de prestación de servicios retribuidos por cuenta ajena, dentro del ámbito de organización y dirección de una persona física o jurídica, que el ET denomina empresario.

Esta relación es de absoluta sumisión, y el empresario, que dentro de sus facultades de organización y dirección establece los concretos cometidos a desarrollar por el empleado en régimen laboral y conforme al artículo 20 de esta misma norma, podrá adoptar las medidas que estime oportunas de vigilancia y control para asegurar el fiel cumplimiento de sus instrucciones. Ello podría derivar en la extinción del contrato, no solo por el cumplimiento del término del mismo. Al facultar al empresario (administración) a determinar el tiempo de duración de la relación laboral, podría extinguir la relación laboral por causas objetivas (artículo 52 ET), o incluso por despido improcedente (artículo 56 ET) previo pago de la indemnización correspondiente; cabe destacar que de modo especialmente inocuo en el caso de la Administración (empresario

¹⁶Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Artículo 1: La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.

Artículo 5: Los trabajadores tienen como deberes básicos: Cumplir las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de buena fe y diligencia... c) cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas.

Artículo 20: 1. El trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue. 2. En el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de buena fe. 9.El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso...

en el régimen laboral), ya que esta obligación de desembolso indemnizatorio no parece que ejerza poder disuasorio alguno, al no suponer quebranto económico directo al empleador, pues los recursos que gestiona no son propios en sentido literal.

Es precisamente para regular esta relación jurídica tan desigual y conflictiva para lo que nace el Derecho del Trabajo, en cuya relación contractual se evidencian, según MONTOYA MELGAR¹⁷, *"las discrepancias de intereses entre empresario y trabajador; pero no menos se advierte su deseo, más allá aún su necesidad, de alcanzar una situación estable de compromiso. El contrato de trabajo -como cualquier otro contrato de cambio- se estructura así como una concordantia discordantium. Tales discordancias, así como el esfuerzo a que obliga la búsqueda de una estabilidad equilibrada a lo largo del tiempo de duración del contrato, hacen que la vida de las relaciones de trabajo conozca frecuentes tensiones y hasta enfrentamientos de los contratantes; que sea una vida sumamente dinámica, en la que no faltan los conflictos"*.

De todo ello se deduce que difícilmente en este ámbito de relaciones jurídicas laborales podrá darse la necesaria imparcialidad de los trabajadores para el desempeño de sus funciones, que garantizan la objetividad de la actuación de las Administraciones Públicas, ni tan siquiera, adoptando como apunta CASTILLO BLANCO¹⁸ la idea de que *"las decisiones empresariales son libérrimas, absolutamente discrecionales con el límite de que no pueden ser arbitrarias, y no están sujetas a lo dispuesto en el Derecho laboral"* y que por el contrario *"la situación es distinta en el caso de las Administraciones Públicas cuando actúan como empleadores ya que éstas requieren para la adopción de sus decisiones, junto a títulos de intervención, justificar adecuadamente de forma previa la racionalidad, proporcionalidad, objetividad y servicio al interés general de las distintas decisiones que adoptan. Sin excepciones"*. En efecto, la necesidad de motivación de las decisiones administrativas podría equipararse a la exclusión de la arbitrariedad de las decisiones empresariales, y los criterios de necesidad y oportunidad, que pueden motivar cualquier decisión de este tipo (pensemos por ejemplo en necesidades económicas), son difícilmente evaluables por los órganos jurisdiccionales, por lo que escapan a un control real si son ejercidas por determinados órganos.

¹⁷ A. Montoya Melgar Derecho del Trabajo. Tecnos, Madrid 2013 pg. 268.

¹⁸ F.A. Castillo Blanco "Las Singularidades del Personal Laboral en las Administraciones Públicas: a Propósito del Despido Colectivo" en J. Fuentetaja Pastor (Dir) y otros La Función Pública Local: del Estatuto Básico a la Ley de la Reforma Local de 2013 Aranzadi, Pamplona 2014. pg. 65.

4. PROBLEMÁTICA

4.1 EN EL ÁMBITO DE COMPETENCIAS LEGISLATIVAS

Recordemos de cara a centrar la dimensión del problema generado con la referida falta de concreción del concepto de "ejercicio de la función pública" que, a los efectos que nos ocupan, el citado artículo 103.3 CE ha de ponerse en relación con el mandato del 149.1 18ª conforme al cual el Estado tiene competencia exclusiva sobre la regulación de "*las bases del régimen estatutario de sus funcionarios*", que sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas, debe "*garantizar a los administrados*" un tratamiento común ante todas las Administraciones públicas, lo que ha de implicar necesariamente que el alcance de las garantías de imparcialidad en el ejercicio de estas funciones públicas sean las mismas en todas las Administraciones, ya sean del Estado, de las Comunidades Autónomas, de los Entes Locales; e incluso debería alcanzar a las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas a cualquier administración cuando, con motivo del ejercicio de potestades administrativas que tengan encomendadas, estén sujetas en su actividad al derecho administrativo (artículo 2.2 Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común- LRJPAC-), pues en tal caso, también reconoce el artículo 2 del EBEP a estas organizaciones dentro del ámbito de aplicación de este estatuto.

El artículo 9 EBEP dispone que "*1. Son funcionarios de carrera 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. 2. 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 que en la ley de desarrollo de cada Administración pública se establezca*". Pero no delimita qué son potestades públicas ni qué elementos identifican en un cometido, acto o conducta el ejercicio de tales potestades.

Por su parte, será personal laboral (art. 11 EBEP) "*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", y en este apartado, el Estatuto delega expresamente en las leyes de Función Pública que lo desarrollen, el establecimiento de los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral, respetando siempre, eso sí, la reserva a funcionarios establecida en el artículo 9.2.

El problema surge cuando el marco normativo básico adolece de la falta de determinación en elementos esenciales como el que nos ocupa: la concreta distribución de funciones entre las dos clases de personal funcionario o laboral, que alcanza a la concreción de mandatos constitucionales tales como la garantía de imparcialidad.

Ello ha originado un mayor grado de confusión, desigualdad e inseguridad jurídica, ya que a día de hoy, más de siete años después de la aprobación del EBEP y ante la falta de regulación expresa y precisa del Estado en la normativa básica legal, e incluso exhaustiva para su propio personal que pudiera suplir el defecto de la de desarrollo por parte del resto de Administraciones, deviene en un marco normativo difuso, disperso e incompleto, que aún hoy obliga a la vigencia para no pocas cuestiones y en los más diversos ámbitos territoriales el marco normativo preconstitucional que resulta de la vigencia de determinados artículos de la LFCE de 1964.

Podríamos entonces analizar cuál es el origen y el sentido de la propia existencia de la Administración para tratar de alcanzar la dimensión real del régimen singular del personal a su servicio, con la intención de poner de relevancia la necesidad de establecer un marco claro y concreto de distribución de funciones entre el personal laboral y el personal funcionario al servicio de la Administración.

El artículo 103.1 CE dispone que la *"administración pública sirve con objetividad los intereses generales"*, y por ello señala SÁNCHEZ MORÓN¹⁹ que es *"una organización abocada a un fin. Este fin, la idea que fundamenta la existencia de la Administración y que la legitima es, precisamente el servicio a los intereses generales. La administración es una institución servicial o vicarial. No tiene, jurídicamente hablando intereses propios.*

¹⁹ M. Sánchez Morón. Derecho Administrativo Parte General. Tecnos, Madrid 2013 págs. 75 y ss.

El servicio a los intereses generales define la esencia de la Administración Pública y determina totalmente su estructura y actividad. Como organización la Administración debe articularse de la forma más adecuada para alcanzar su fin. Desde el punto de vista funcional no puede perseguir legítimamente intereses particulares o privados, sino sólo los de carácter general. Con la peculiaridad de que esa función de servicio ha de realizarse con objetividad, es decir, sin acepción de personas ni interferencias partidistas, sin favoritismos ni discriminaciones.

Esta concepción de la Administración pública tiene importantes consecuencias desde el punto de vista jurídico y organizativo. Por de pronto, la Administración es una organización profesionalizada. Su personal debe seleccionarse en virtud de estrictos criterios de mérito y capacidad... Los funcionarios, en efecto, no son de un partido determinado, sino de la Administración y su condición no depende de una elección política. Es más, la ley que regula su estatuto debe garantizar la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones (art. 103.3 CE), Lo cual no significa, obviamente, que cada funcionario o empleado público pueda actuar como mejor le parezca, ya que pertenece a una organización jerarquizada (art. 103.1 CE) y debe cumplir las órdenes de sus superiores. Pero en el ejercicio de sus tareas propias (por ejemplo, la emisión de informes) ha de garantizarse su independencia de criterio y, en su caso, de decisión frente a la presión de intereses particulares, inclusive los del partido gobernante."

Por ello, los funcionarios al servicio de la Administración gozan de un derecho esencial y específico del cual no se beneficia el resto de empleados públicos, como es la inamovilidad reconocida a los funcionarios de carrera, que tal como especifica el artículo 14 EBEP que enumera los derechos individuales de todos los empleados públicos, el derecho a no ser movido del puesto que se ha alcanzado es otorgado únicamente a los funcionarios, únicos por lo tanto que están efectivamente a salvo de las presiones e intereses particulares.

4.2 EN EL ÁMBITO DE TUTELA DE DERECHOS DE LOS ADMINISTRADOS

Por otra parte, parece también interesante analizar la deriva de laboralización que ha emprendido el empleo público desde la perspectiva de las particularidades del control de la actividad administrativa.

Indica SÁNCHEZ MORÓN²⁰ que como poder público y en virtud de su posición institucional, *"la Administración puede adoptar decisiones vinculantes para los ciudadanos, que éstos están obligados a cumplir desde que se dictan o -mejor dicho- se les notifican o se hacen públicas. De ello se deriva que el control judicial es un control a posteriori. No solo eso, sino que la mera interposición de un recurso judicial no suspende necesariamente, ni por regla general en la práctica, la eficacia jurídica de la decisión administrativa recurrida, por lo que la Administración puede exigir su cumplimiento voluntario y, en caso de resistencia, ejercer sus poderes de ejecución forzosa"*.

Ello se justifica porque la Administración debe contar con los instrumentos necesarios para cumplir el mandato constitucional de servicio a los intereses generales.

Por ello la posición de la Administración es claramente diferente a la de los particulares, pues *"en resumidas cuentas, ningún particular puede por su sola voluntad modificar una situación jurídica en relación o en contra de otro (imponerle una obligación de dar o hacer, privarle de un bien, por ejemplo), ni siquiera alterar la situación de hecho o posesoria, aunque le asista la razón jurídica. Puesto que, como suele decirse, nadie puede tomarse la justicia por su mano, quien se considera acreedor frente a un tercero o propietario del bien que otro está poseyendo sin título o titular de un derecho que otra persona se arroga, debe acudir a la Justicia para que declare su derecho (acción declarativa) y condene a su oponente a dar, hacer o consentir aquello que el derecho declarado comporta. Incluso si, contando con una sentencia de condena, el demandado se niega a cumplirla (pagar la deuda, devolver la cosa a su legítimo dueño), habrá de acudir de nuevo al Juez el titular del derecho reconocido para que se obligue a aquél al cumplimiento forzoso (acción ejecutiva), en su caso mediante el apremio sobre el patrimonio del deudor o el desalojo del bien que ocupa ilegalmente o, en fin, mediante cualquier otra actuación necesaria para la ejecución del fallo y admisible en Derecho. Ésta es la situación característica del Derecho privado"*.

"La situación en Derecho administrativo es distinta. La Administración, que es por definición uno de los sujetos de la relación jurídica administrativa, puede determinar por sí misma y mediante decisiones unilaterales y vinculantes los derechos y obligaciones concretas del ciudadano- personas físicas o jurídicas, privadas, se

²⁰ M. Sánchez Morón. *Ibidem*, págs. y ss.

entiende-, naturalmente aplicando las leyes. Es decir, por su sola voluntad y en virtud del poder que le confiere la Constitución y las leyes, la Administración crea, modifica o extingue derechos y situaciones jurídicas. No necesita para ello acudir al Juez ejercitando una acción declarativa. Tales decisiones unilaterales -normalmente actos administrativos- gozan de una presunción de validez (art. 57 de la LRJPAC) y tienen eficacia por sí mismas. Deben ser cumplidas por sus destinatarios, por lo que, en este sentido, tienen la misma fuerza que una sentencia judicial, es decir, la ejecutividad (art. 56 LRJPAC). Más aún, si el destinatario de la decisión administrativa no la cumple voluntariamente, la Administración tampoco necesita acudir al juez para imponer coactivamente sus mandatos, sino que puede proceder por sus propios medios a la ejecución forzosa en los términos que la Ley le permite (arts. 95 ss. LRJPAC). Además, dice la Ley (art. 101 LRJPAC), no se admitirán a trámite interdictos contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido".

Pero estas facultades (autotutela) ceden cuando la Administración actúa en relaciones de derecho privado; cuando lleva a cabo actuaciones no amparadas por resoluciones administrativas; cuando actúa al margen de sus competencias o del procedimiento legalmente establecido; o cuando ha de actuar vulnerando derechos fundamentales (como la inviolabilidad del domicilio). En estos casos su posición se asemeja a la de los particulares estos pueden recabar su tutela ante la jurisdicción ordinaria en situación de paridad; o bien la administración debe recabar la tutela judicial previa para poder actuar (orden de entrada en domicilio).

Por ello, cabe fácilmente plantearse si la inclusión en el procedimiento de actuaciones por parte de personal laboral, no sujeto en principio a la imparcialidad que deriva de la inamovilidad de su condición personal, puede incidir en el principio de objetividad que debe presidir la actuación administrativa (art. 103 CE y 3.1 LRJPAC).

A la luz de ello, habría que cuestionarse si los actos emitidos en esos casos están investidos de los requisitos formales y procedimentales necesarios para poder ser considerados como ejercitables en régimen de autotutela, o si por el contrario deben ser tutelados en régimen jurisdiccional de paridad de armas entre la Administración y los particulares, en cumplimiento de la proscripción de la indefensión enunciada en el artículo 24.1 CE.

5. SOLUCIONES

5.1 LEGISLATIVAS

Dado que el marco normativo básico de reserva a los funcionarios establecido en el artículo 9.2 EBEP difiere la concreción a los términos que en la ley de desarrollo cada Administración Pública de establezca, habremos de acudir a la normativa de las distintas Comunidades Autónomas para comprobar la efectividad del mandato constitucional de que las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos "en todo caso" garantiza a los administrados un tratamiento común ante ellas.

De la muestra tomada de leyes de la Función Pública de las distintas Comunidades Autónomas, podemos extraer interesantes conclusiones al respecto de esta garantía de tratamiento común, y también sobre la evolución de la legislación en esta materia; y sobre la incidencia que de modo explícito supone en las garantías de imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas.

Varias de estas leyes de desarrollo, disponen que con carácter general los puestos de trabajo en sus administraciones serán ocupados por funcionarios públicos, estableciendo como excepciones ciertos casos en los cuales podrán, por tanto de manera potestativa, ser ocupados por personal laboral.

Tal es el caso del Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba la refundición en un texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública, en su artículo 20²¹; de la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León que mantiene esta misma línea en su

²¹ Artículo 20 del Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba la refundición en un texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función Pública: "En el ámbito de la Administración de la Generalidad los puestos de trabajo serán ocupados, con carácter general, por funcionarios públicos. Como excepción pueden ser ocupados por personal en régimen laboral:

- a) Si se trata de puestos de naturaleza no permanente o de carácter periódico y discontinua.
- b) Si se trata de desarrollar actividades propias de oficios.
- c) Si se trata de puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de conservación y mantenimiento de edificios, equipos e instalaciones, de artes gráficas, de encuestas, de protección civil, de comunicación social, de expresión artística de servicios sociales o de protección de menores y no existe ningún cuerpo o escala con las funciones adecuadas.
- d) Si se trata de desarrollar actividades que requieran unos conocimientos específicos o técnicos especializados y no existe ningún cuerpo o escala con la preparación pertinente para el adecuado desarrollo de las funciones propias del puesto.
- e) Si se trata de puestos de investigación.
- f) Si se trata de puestos docentes, que por razón de su especificidad, no puedan ser ocupados por funcionarios de los cuerpos y escalas docentes.

artículo 14²²; del Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de febrero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, en sus artículos 5 y 8²³; o de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía (LOFPJA), que en su redacción original reservaba a los funcionarios los puestos de trabajo que supusieran la adopción de decisiones que pudieran ser objeto de recursos en vía administrativa o

²² Artículo 14 de la ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León: 1. "Es personal funcionario quien, en virtud de nombramiento legal, está vinculado a la Administración de la Comunidad de Castilla y León por una relación estatutaria de carácter permanente, regulada por el derecho administrativo, para la prestación de servicios profesionales retribuidos.

2. Con carácter general, los puestos de la Administración de la Comunidad de Castilla y León serán desempeñados por funcionarios. Se exceptúan de la regla anterior y podrán desempeñarse por personal laboral:

a) Los puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como las de vigilancia, custodia, porteo y otras análogas.

b) Los puestos de carácter instrumental correspondientes a áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social, así como los puestos de las áreas de expresión artística y los vinculados directamente a su desarrollo, servicios sociales y protección de menores.

c) Los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados que no respondan a Cuerpos o Escalas de funcionarios.

3. Queda, en todo caso, reservado al personal funcionario el desempeño de puestos de trabajo que impliquen el ejercicio de autoridad, fe pública o asesoramiento legal, control interno de la gestión económico-financiera y presupuestaria, contabilidad y tesorería así como cualesquiera otros que supongan el ejercicio de una función pública o aquellos que, en desarrollo de la presente Ley, se reserven a dicho personal para mayor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en su desempeño".

²³ Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de febrero por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón: Artículo 5:"... Con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón serán desempeñados por funcionarios."

Artículo 8: "Es personal laboral el que ocupa puestos de trabajo clasificados como tales en virtud de contrato de naturaleza laboral, que se formalizará siempre por escrito.

Como excepción a la regla establecida en el artículo 5, podrán ser desempeñados por personal laboral:

a) Los puestos de naturaleza no permanente y los precisos para satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo.

b) Los puestos que, aunque adscritos a funcionarios, tengan que cubrirse con urgencia inaplazable y no dispongan de dotación presupuestaria adecuada. En este supuesto la contratación laboral tendrá un límite temporal de seis meses.

c) Los puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los de vigilancia, custodia, porteo y otros análogos.

d) Los puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de expresión artística y los vinculados directamente a su desarrollo, servicios sociales y protección de menores.

e) Los puestos con funciones docentes adscritos a centros de enseñanza o formación no integrados en el sistema educativo oficial.

f) Los puestos de los organismos o centros de investigación que sean necesarios para la ejecución de proyectos determinados, sin que en ningún caso los contratos puedan tener duración superior a la del proyecto de que se trate. También podrá contratarse personal para su formación científica y técnica en la modalidad de contrato en prácticas regulado por el artículo II,1 del Estatuto de los Trabajadores.

g) Los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño.

3. El personal a que se refiere este artículo se registrará por la legislación laboral y, en su caso, por lo pactado al amparo de ella en convenio colectivo, así como por los preceptos de la presente Ley que le sean de aplicación."

contencioso administrativa. Pero por Ley 3/1991, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para 1992 se modificó el apartado 2 del artículo 12 de la LOFPJA²⁴, que en la actualidad también dispone que con carácter general los puestos de trabajo de la Administración de la Junta los desempeñará personal funcionario, salvo las excepciones que este mismo precepto recoge que podrán adscribirse a personal laboral. Incluso en estas normativas de base similar, se aprecian diferencias sustanciales en cuanto a la inclusión en el listado de puestos a poder desempeñar por personal laboral de diferentes grupos de puestos de trabajo, o la llamativa por poco ortodoxa excepción recogida en la normativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, de posibilitar la sustitución en puestos adscritos a funcionarios por personal laboral, lo cual si la adscripción genérica de tal puesto lo es en función de la realización de tareas que impliquen ejercicio de funciones públicas, está expresamente prohibido por el artículo 9.2 EBEP. Estas diferencias aumentan

²⁴ Artículo 12 de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, redacción original: 1. Los puestos de trabajos figurarán en una relación en la que individualmente aparezca cada uno de ellos con las siguientes circunstancias mínimas: a) denominación; b) características esenciales; c) ente, departamento y centro directivo en que orgánicamente esté integrado; d) adscripción a funcionarios o a laborales en atención a la naturaleza de su contenido; e) requisitos exigidos para su desempeño, y además, tratándose de funcionarios; f) indicación de si el puesto de trabajo es de libre designación; g) nivel en que ha sido clasificado, y h) complemento específico, con indicación de los factores que se retribuyen con el mismo y su valor resultante.

2. A los efectos previstos en la letra d) del apartado anterior, se adscribirán en todo caso a funcionarios los puestos de trabajo que supongan necesariamente la adopción de decisiones que puedan ser objeto de recursos en vía administrativa o contencioso administrativa.

Redacción actual: 1. "Los puestos de trabajos figurarán en una relación, en la que individualmente aparezca cada uno de ellos con las siguientes circunstancias mínimas: a) denominación; b) características esenciales; c) ente, departamento y centro directivo en que orgánicamente esté integrado; d) adscripción a funcionarios o laborales en atención a la naturaleza de su contenido; e) requisitos exigidos para su desempeño, y, además, tratándose de funcionarios; f) indicación de si el puesto de trabajo es de libre designación; g) nivel en que ha sido clasificado, y h) complemento específico, con indicación de los factores que se retribuyen con el mismo y su valoración resultante.

2. A los efectos previstos en la letra d) del apartado anterior, con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración de la Junta de Andalucía y de sus Organismos autónomos, serán desempeñados por funcionarios públicos. Podrán exceptuarse de la regla anterior y adscribirse a personal laboral en la correspondiente relación de puestos de trabajo:

- los puestos de naturaleza no permanente y aquellos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo.
- Los puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los de vigilancia, custodia, porteo y otros análogos.
- Los puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social, así como los puestos de las áreas de expresión artística y los vinculados directamente a su desarrollo, servicios sociales y protección de menores.
- Los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan Cuerpos de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica para su desempeño.

exponencialmente entre estas normativas y las de otras comunidades autónomas, como se expone a continuación.

Un caso singular lo ejemplifica la Comunidad de Madrid, pues la redacción original del artículo 14²⁵ de la Ley 1/1986, de 10 de abril, se mantiene a pesar de la introducción en el ordenamiento del EBEP que supone un nuevo marco base para los empleados públicos. En esta comunidad, a pesar de que aparentemente establece un régimen general diferenciado para los puestos de los Servicios Centrales de la Comunidad y para los de los órganos Especiales de Gestión y organismos autónomos, a los que incluso cita en apartados distintos del artículo, realmente viene a disponer para ambos un marco idéntico que únicamente reserva a funcionarios públicos los puestos que supongan el ejercicio de actividades de asesoramiento, autoridad, inspección y control de la Administración, parece que bastante alejado del mandato del 9.2 EBEP que reserva a los funcionarios "en todo caso" el ejercicio de las funciones que impliquen participación no solo directa, sino también indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales.

También peculiar la Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias, que de hecho, no establece los criterios para determinar qué puestos de trabajo pueden ser desempeñados por personal laboral, como impone el artículo 11 EBEP, sino que únicamente cabe intuir cierta

²⁵ Artículo 14 de la Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid: "La adscripción de funcionarios o laborales a los diferentes Servicios de la Comunidad se llevará a cabo en función de las características de cada puesto de trabajo, que se determinarán en la relación orgánica que habrá de aprobarse por el Consejo de Gobierno de la Comunidad.

Los criterios de clasificación de las relaciones o puestos de trabajo tomarán como base los siguientes aspectos:

1. Los puestos de trabajo de los Servicios Centrales de la Comunidad quedan adscritos a funcionarios públicos cuando supongan el ejercicio de actividades de asesoramiento, autoridad, inspección y control de la Administración. No obstante, el Consejo de Gobierno podrá reservar a funcionarios otros puestos cuando la naturaleza de la actividad así lo aconseje.

2. Los puestos de trabajo de los Órganos Especiales de Gestión y Organismos Autónomos se clasificarán como de naturaleza laboral, exceptuando aquellos puestos que impliquen ejercicio de autoridad, inspección y control de la actividad del Organismo, ejercitado por la Administración matriz a la que estén adscritos, que se reservarán a funcionarios. También podrán reservarse a funcionarios determinados puestos cuando la naturaleza de la actividad así lo aconseje y según propuesta motivada del Consejo de Administración respectivo.

No obstante, en determinados órganos especiales de gestión u Organismos Autónomos podrán clasificarse todos los puestos de trabajo como adscritos a funcionarios. Dicha clasificación tomará como base los criterios recogidos en el apartado 1 del presente artículo.

3. los puestos de trabajo de las empresas públicas de la Comunidad se clasificarán como adscritos a personal laboral".

reserva de puestos en base a la adscripción a ciertos Cuerpos²⁶, que hace el artículo 20 del citado texto legal de determinados funcionarios en base a las funciones que desempeñan.

Pero el ejemplo más ilustrativo de la vía por la que parece decantarse el legislador, sea probablemente el caso de la normativa de desarrollo en materia de personal emprendida por Galicia. El Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de la Función Pública vigente en Galicia (y que finalizó su vigencia el 24 de mayo de 2015), recoge los criterios establecidos para la contratación de personal laboral de carácter no permanente²⁷, e indica en su artículo 27.2 que de manera general los puestos de trabajo de la serán desempeñados por personal funcionario público, estableciendo una serie de excepciones que de manera facultativa podrán ser desempeñadas por personal laboral²⁸, ello en modo muy similar a los

²⁶ Artículo 20 de la Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias: "Los funcionarios del principado de Asturias se ordenan en Cuerpos de Administración General y de Administración Especial.

2. Pertenecen a los Cuerpos de Administración General los funcionarios que ocupen plazas de plantilla que tengan asignadas funciones comunes al ejercicio de la actividad administrativa sea de gestión, inspección, ejecución, control, administración y otras similares, y, en general, el desarrollo de trabajos de contenido predominantemente burocrático

3. Pertenecen a los Cuerpos de Administración Especial los funcionarios que ocupen plazas de plantilla, que tengan asignadas actividades y tareas que constituyen el objeto peculiar de una titulación, arte, profesión u oficio".

²⁷ Artículo 10.3 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 "Para la realización de trabajos de carácter temporal, coyuntural, en el caso de vacante o por razones de necesidad o urgencia, que deberán ser debidamente motivadas, se podrá contratar personal laboral de carácter no permanente de conformidad con la legislación laboral vigente. El contrato se deberá formalizar necesariamente por escrito. La contratación de este personal no amparado por lo dispuesto en los apartados anteriores dará lugar a la responsabilidad de la autoridad o de la funcionaria o funcionario que la autorizase.

²⁸ El artículo 27.2 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 dispone que "los puestos de trabajo de la Administración de la comunidad autónoma y de sus organismos autónomos de carácter administrativo serán desempeñados por personal funcionario público. Se exceptúan de la regla anterior y podrán ser desempeñados por personal laboral:

a) Los puestos de naturaleza no permanente y aquellos en los que sus actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo.

b) Los puestos en los que sus actividades sean propias de oficios

c) Los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan cuerpos o escalas de personal funcionario en los que las personas integrantes tengan la preparación específica necesaria para su desempeño.

d) Los puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, y artes gráficas, así como los puestos de las áreas de expresión artística.

e) Los puestos de trabajo de organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo, excepto aquellos que impliquen ejercicio de autoridad, inspección o control correspondiente a la consellería a la que estén adscritos, que se reservan a personal funcionario.

Los de prestación directa de servicios sociales y protección a la infancia."

diferentes desarrollos normativos en materia de personal al servicio de las administraciones de las comunidades autónomas expuestos con anterioridad.

Esta ley, derogada por la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia, en cuanto al tema que nos ocupa, otorga una visión clara del rumbo por el que están optando los legislativos en relación a la determinación del reparto de funciones entre el personal laboral y el personal funcionario. En este caso concreto, se pasa de la norma general de desempeño de los puestos de trabajo de la Administración por personal funcionario con ciertas excepciones, a generalizar la posibilidad de contratación en régimen laboral²⁹, salvo en los supuestos expresamente tasados por esta ley³⁰.

²⁹ Artículo 26 de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia: 1. Tienen la condición de personal laboral las personas que, en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, prestan servicios retribuidos en las administraciones públicas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente ley. En función del régimen de duración del contrato, este puede ser fijo, temporal o indefinido.

2. En ningún caso pueden ser desempeñados por personal laboral los puestos de trabajo que estén reservados a personal funcionario en virtud de lo previsto en el apartado segundo del artículo 22 de esta ley.

3. Pueden ser desempeñados por personal laboral:

a) Los puestos de naturaleza no permanente y aquellos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico discontinuo.
b) Los puestos cuyas actividades sean propias de oficios
c) Los puestos correspondientes a áreas de actividad que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan cuerpos o escalas de personal funcionario en los cuales las personas integrantes tengan la preparación específica necesaria para su desempeño.
d) Los puestos de carácter instrumental correspondientes a áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipamientos e instalaciones, y artes gráficas, así como los puestos de áreas de expresión artística.

³⁰ Art 22 de Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia: "1. Corresponde exclusivamente al personal funcionario el ejercicio de las funciones que impliquen participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales de las administraciones públicas.

2. En virtud de lo previsto en el apartado anterior, las relaciones de puestos de trabajo reservarán necesariamente al personal funcionario:

a) Los puestos que tengan atribuidas funciones que impliquen el ejercicio de autoridad, fe pública o asesoramiento legal. En particular se entiende que implican ejercicio de autoridad las funciones de policía administrativa, salvo las excepciones que puedan establecerse por norma con rango de ley.

b) los puestos que tengan atribuidas funciones que impliquen la realización de tareas de inspección, fiscalización o control. En particular, quedan reservados al personal funcionario aquellos puestos con funciones que impliquen la realización de tareas de fiscalización interna y control de la gestión económico- financiera y presupuestaria.

c) Los puestos que tengan atribuidas funciones que impliquen la realización de tareas de contabilidad y tesorería.

d) Los puestos que tengan atribuidas funciones que impliquen la realización de tareas en materia de exacción de tributos.

e) Los puestos que tengan atribuidas competencias para dictar actos de incoación, instrucción o resolución de los procedimientos administrativos.

f) Los puestos que tengan atribuidas funciones de inscripción, anotación y cancelación de datos en los registros administrativos.

Deriva esta que, ante la falta de límites concretos de la normativa básica, parece lógica dado que son precisamente los cargos políticos que gestionan la administración concreta los encargados de estructurar el régimen jurídico específico del personal a su servicio, y siempre tratarán de que este personal sea lo más influenciado posible, sobre todo en determinados ámbitos.

5.2 DOCTRINALES

El Derecho Administrativo puede ser entendido como lo hace LINDE PANIAGUA³¹ como *"el Derecho del poder: Derecho de organizaciones, potestades, técnicas e instrumentos privilegiados para realizar intereses generales, en el que las partes (Administración y ciudadanos), a diferencia de lo que sucede en el Derecho privado, sólo excepcionalmente están en un plano de igualdad"*, y que por ello *"De la prudencia, dignidad y eficacia de los gobernantes dependerá que estos colosos, que son las Administraciones públicas, dotados de potestades, técnicas e instrumentos extraordinarios, estén o no dirigidos a objetivos que respondan a las exigencias de la mayoría de los ciudadanos"*; ya que *"de no ser así, tal y como la historia demuestra, los controles políticos y jurídicos no siempre son capaces de contener a quienes dirigen esas potentes organizaciones, cuando las ordenan objetivos diferentes o claramente incompatibles con los intereses generales"*.

O por el contrario, como lo entiende SANTAMARÍA PASTOR³², como *"un conjunto de principios y normas jurídicas de contenido distinto del que poseen las normas que regulan las relaciones entre los sujetos privados"*. El Profesor Santamaría considera que la existencia de un Derecho Especial para la Administración es un dato invariable en todas las sociedades contemporáneas dotadas de cierto desarrollo cultural y económico, que se caracterizan por cinco rasgos fundamentales: i) un alto volumen de organizaciones, ii) una estructura extraordinariamente compleja, iii) un inabarcable número y variedad de las tareas de que la Administración realiza, iv) la conversión del Estado en un aparato de dominación dotado de un poder extraordinario, y v) la complejidad y la concentración poder que han determinado que la Administración se organice y actúe con sujeción a un Derecho especial, que no solo otorga normas muy

3. Los demás puestos de trabajo en las administraciones públicas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente ley serán desempeñados con carácter general por personal funcionario sin perjuicio de lo dispuesto por el apartado tercero del artículo 26."

³¹ E. Linde Paniagua. *Ibidem*. pg. 43 y 44.

³² J.A. Santamaría Pastor. *Principios del Derecho Administrativo General I*. Iustel 2004 pg. 24 y ss.

especiales al ejercicio del *poder "considerado como capacidad de determinación unilateral y autoritaria de la conducta de los demás"* y es por ello un fenómeno excepcional en el mundo de las relaciones jurídicas entre particulares; sino además, porque la intensidad del poder que ostenta ha exigido que su ejercicio se someta a requisitos y obstáculos que aseguren un cierto ámbito de libertad y seguridad a los ciudadanos frente al mismo.

De esta doble visión de las Administraciones y su derecho: como privilegiado, prevalente e incontrolable; o por el contrario como igualmente privilegiado y excepcional, pero sometido a requisitos y obstáculos; puede derivar una concepción diametralmente opuesta en cuanto a los requisitos para el desempeño de las facultades administrativas que arroje: bien que su ejercicio puede ser efectuado por cualquier trabajador porque el resultado en cualquier caso es incontrolable; o bien que ha de ser desempeñado de manera objetiva por determinadas personas cuya actividad se oriente exclusivamente al servicio del interés general, que gocen de imparcialidad por su estatuto personal y que su actuación esté sometida únicamente a la ley y al derecho; y no condicionada por intereses particulares o partidistas, para así lograr un adecuado control a los privilegios exorbitantes otorgados a la Administración.

5.3 JURISPRUDENCIALES

Comenzaremos, necesariamente este repaso por la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/87, de 11 de junio que declaró la inconstitucionalidad de un apartado del artículo 15 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, pues no delimitaba con claridad el deslinde entre lo laboral y lo funcionarial al otorgar al ejecutivo, en concreto al Ministerio de la Presidencia, la facultad de que *"especificase aquellos puestos que, en atención a la naturaleza de su contenido, se reservan a funcionarios públicos"*. La sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, en su FJ 3 considera que *"este apoderamiento indeterminado que la Ley confería al Ministerio de la Presidencia, a efectos de especificar cuáles sean los puestos de trabajo que deban quedar reservados a los funcionarios públicos, entraña una patente conculcación de la reserva de Ley establecida en el artículo 103.3 de la Constitución y, de este modo, una plena renuncia del legislador a su tarea de establecer en este punto ciertamente crucial para la estructura de las Administraciones públicas y de la propia Función Pública, condiciones y límites materiales sobre las*

determinaciones concretas que puedan ser adoptadas por los órganos de la Administración. Tal necesario encuadramiento legislativo de las decisiones de quienes hayan de aplicar o desarrollar las propias normas de la Ley no viene dado en este precepto" por ello, considera que es inconstitucional dicho apartado y lo declara nulo.

Parece pues, que la jurisprudencia del TC apuntaba hacia una concreción por ley de las condiciones y límites materiales sobre las determinaciones concretas que puedan ser adoptadas por los órganos de la Administración, que considera una función crucial del legislador, y que el EBEP ha decidido, en una clara opción por desvincular al legislador estatal de la necesaria legislación única en la materia, derivar hacia los legisladores autonómicos, los cuales tampoco parece que hayan optado por una delimitación clara, precisa y determinante de dichas condiciones y límites.

Pero paradójicamente, incluso las decisiones de este Tribunal en materia de su propio personal son objeto de conflicto con la normativa en la búsqueda de eludir los preceptivos requisitos de acceso a la función pública. En STS Roj: 5352/2007, de 29 de julio de 2007, se impugna una resolución de 25 de febrero de 2005 de la Presidencia del Tribunal Constitucional porque, como indica el FJ sexto de la sentencia *"la determinación de la Relación de Puestos de Trabajo de la Relación de Puestos de Trabajo aprobada en 2002 que configura la plaza de Documentalista jefe como de provisión indistinta por personal funcionario o laboral contraviene lo dispuesto concordadamente en el artículo 15.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, redacción dada por la Ley 23/1988, de 28 de julio, y en el artículo 49 del Reglamento de Organización y Personal del Tribunal Constitucional aprobada por acuerdo del Pleno de dicho Tribunal de 5 de julio de 1990, por tratarse de una plaza que según estos preceptos debió quedar reservada para su provisión por funcionarios.*

Y como consecuencia de lo anterior, es también contraria a derecho la decisión de la Junta de Gobierno de la Presidencia del Tribunal Constitucional en la que, partiendo de aquella previsión de la relación de Puestos de Trabajo que aquí se declara nula, se dispone que el procedimiento de cobertura de la plaza de Documentalista Jefe se dirija al personal laboral al servicio del Tribunal".

También han sido objeto de litigio determinadas cuestiones derivadas de la especial configuración del personal laboral al servicio de la Administración, que en concreto ha generado una figura peculiar en el ordenamiento laboral que ha consolidado la precariedad de multitud de trabajadores públicos "el laboral indefinido". Tal figura, no encontraba método de encaje en la estructura del régimen laboral, que en principio únicamente contemplaba el régimen fijo o temporal en función de la temporalidad o no de las funciones que fuese a desempeñar en la empresa. La STS Roj 957/2007, de 12 de febrero de 2007, en su FJ 4 confirman la sentencia recurrida en cuanto al acierto de equiparar, a los efectos de funcionarización, la condición de personal laboral de duración indefinida con la de personal fijo, con sustento en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores y en relación de este con los artículos 11 y 12 de esta misma norma, pues el Estatuto *"no establece diferenciación entre personal de duración indefinida y personal fijo"*, es más, afirma la Sala que *"abundando en esta línea, el propio tenor de los preceptos en los que se sustenta el proceso de funcionarización (artículo 14 y disposición transitoria 15ª de la Ley 30/1984 y artículo 37 de la Ley 31/1990) pone de manifiesto que tales normas responden al propósito de regularizar la situación respecto de los puestos de trabajo que están servidos por personal laboral y que son propios de personal funcionario. Y, siendo esta la finalidad de las normas mencionadas, resulta conforme a ella la equiparación que se hace en la sentencia recurrida por existir identidad de razón en cuanto a la procedencia de regularizar la situación tanto del personal laboral fijo como del personal laboral de duración indefinida"*.

Pero es en la casuística relativa a la determinación de los puestos de trabajo donde el Tribunal Supremo ha de intervenir con frecuencia ante la ausencia de criterios que determinen qué puestos han de ser desempeñados por personal funcionario y cuáles pueden serlo por personal laboral.

En la STS Roj: 3137/2008, de 20 de junio, motivada por la publicación de la Relación de Puestos de Trabajo de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, y los recurrentes solicitan que sus puestos de laborales sean incluidos en la Relación de Puestos de Trabajos de Funcionarios, fallando la Sala a favor de tal pretensión, salvo en lo relativo a los puestos de Telefonista y ordenanza, por ser estos únicamente los reservados específicamente a personal laboral en el artículo 15.1 c) de la Ley 30/1984 (FJ 11).

La STS Roj: 7122/2010 de 13 de diciembre, confirma la Sentencia del TSJ de Asturias que estimó el recurso contencioso interpuesto por una asociación sindical contra la resolución del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias de 4 de diciembre que aprobaba la modificación parcial de las relaciones y del catálogo de trabajo personal de la Administración del Principado de Asturias con relación a los puestos de personal laboral que se crean en el Anexo de esta resolución. La STS en su FJ 1. adopta la argumentación de la sentencia del TSJ que explica que la Administración no puede establecer libremente qué puestos de trabajo tienen carácter funcional y cuáles son de naturaleza laboral, pues a Ley 30/1984 tras la reforma introducida por la Ley 23/88, establece como regla general que han de ser servidos por funcionarios. Recuerda a su vez, qué casos, a título de excepción y conforme el artículo 15.c) pueden ser desempeñados por personal laboral, recordando que la ley Asturiana se pronuncia en parecidos términos. Por tanto, la potestad organizativa de la Administración debe ejercerse motivadamente teniendo en cuenta la naturaleza de las plazas y las funciones que les corresponden a la hora de consignar en las relaciones de puestos de trabajo aquellos que pueden ser desempeñados por personal laboral. Afirma la STS en el FJ 4 que la justificación *"es necesaria para que, apartándose de la regla general legalmente establecida, es decir de la que afirma que los puestos de trabajo de las Administraciones Públicas han de proveerse por funcionarios y sólo a título de excepción por personal laboral [artículo 15.1c) de la Ley 30/1984] puedan darse pasos como los seguidos por el acuerdo recurrido respecto de estos puestos de los que estamos hablando cuando no es evidente la inexistencia de cuerpos o escalas funcionariales cuyos integrantes posean los conocimientos y preparación requeridos"*.

También ha dado el Tribunal Supremo respuesta a supuestos de sustracción de funciones reservadas a funcionarios en razón del ejercicio de potestades a ellos encomendadas. En concreto, la STS Roj 258/2013, confirma la sentencia de TSJ de Andalucía que considera no ajustada a derecho (FJ 4) *"la encomienda misma, en cuanto prevé como objeto la gestión del registro y clasificación de contratistas y subcontratistas"*, pues adopta el argumento de la sentencia del TSJ (FJ 3) que *"deduce razonablemente que las tareas de clasificación y registro de contratistas y subcontratistas, por los efectos jurídicos que representan para éstos, pues es un presupuesto para la participación en la contratación administrativa, requieren actos,*

que aunque sean de trámite en muchos casos suponen el ejercicio de potestades administrativas, como la sentencia explica razonadamente".

En este mismo sentido, la STS Roj: 4392/2014 confirma la sentencia del TSJ de Andalucía por la que anula la encomienda de la realización de determinados trabajos de calidad ambiental, cambio climático y medioambiente urbano. En el FJ 2 la Sala recuerda que en base a la descripción de la sala de instancia de las facultades que se otorgan al personal de la entidad encomendada, se identifican *"las que implican ejercicio de autoridad, y, por consiguiente, están reservadas, conforme al precepto invocado (artículo 9.2 de la Ley 7/2007), a los funcionarios públicos, secundando así el Tribunal a quo la doctrina jurisprudencial emanada de la sentencia de esta misma Sala..."*

Todo este argumentario jurisprudencial parece próximo a cambiar a tenor de las reformas iniciadas por los legislativos autonómicos en el ejercicio de las atribuciones que les ha conferido el EBEP, y habrá de plantearse un nuevo escenario dispar de casuísticas en base a las diferentes normativas autonómicas que a priori parece claro que va a arrojar una disparidad significativa en la condición de los empelados públicos y en el ejercicio de sus funciones y las repercusiones de este en la actividad administrativa. Es posible, que a pesar de la reticencia de la jurisprudencia en establecer unos criterios que aseguren el cumplimiento de los artículos 103 y 149.1 18ª, finalmente se vea obligada a ello, en la necesidad de asegurar un marco "básico" respecto del ejercicio de la función pública por el personal a su servicio.

6. EJEMPLIFICACIÓN DEL PROBLEMA

A modo de cierre de la exposición, y de manera previa a las conclusiones finales, aportamos un ejemplo de la inseguridad jurídica generada por los problemas planteados a lo largo del presente trabajo. Nos centramos en el desempeño del servicio de notificaciones administrativas por parte de una administración local, y trataremos de argumentar desde ambas perspectivas: desempeño por personal laboral y desempeño por personal funcionario, al objeto de dejar patente la necesidad de precisar el contenido del concepto *"función pública"*.

En favor del desempeño por personal laboral podríamos argumentar que el artículo 39 del Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento

por el que se regula la prestación de servicios postales, en desarrollo de lo establecido en la Ley 24/1998, de 14 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales (RSPULSP); establece el carácter de "*fehaciente*" a la notificación de los órganos administrativos y judiciales realizada por el operador al que se ha encomendado la prestación del servicio postal universal. En todo caso, conforme al artículo 41 de esta misma norma, los requisitos de entrega habrán de ajustarse a las exigencias de la Ley 30/1992 LRJPAC. Según dispone la exposición de motivos del Reglamento 1829/1999, justifica el proceso de cambio del sector postal por las modificaciones que sobre este ámbito ha realizado la normativa comunitaria, que culmina con la publicación de la Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio. Como consecuencia de la incorporación de esta directiva al ordenamiento jurídico español, se aprobó la citada Ley 24/1998, de 13 de Julio.

Cabe por ello entender que la práctica de notificaciones administrativas, como integrante del servicio de correos liberalizado por las citadas normas, sean realizadas por personal laboral, pues cuando las prestan estos operadores de correos son realizadas por trabajadores en este régimen. Por ello puede fácilmente deducirse que es posible que las Administraciones públicas procedan a incluir en sus relaciones de puestos de trabajo a los puestos que realizan estas funciones como a desempeñar por personal laboral mediante oficio, que muchas de las leyes autonómicas de desarrollo de la función pública recogen expresamente.

Además existe el argumento de que lo contrario redundaría en un perjuicio de la libertad del servicio postal al condicionar la prestación de una parte integrante de los mismos, lo que podría derivar en una suerte de contravención de la normativa europea en la materia.

En el lado contrario, a favor de su desempeño por personal funcionario, podemos argumentar de un lado, que el artículo 9.2 del EBEP establece una reserva de funciones con carácter exclusivo para los funcionarios en relación al ejercicio de las funciones que impliquen participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas. Además el artículo 92 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL) relativo a los funcionarios al servicio de la Administración

local dispone que *"corresponde exclusivamente a los funcionarios de carrera al servicio de la Administración local el ejercicio de funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas"* y que se han de reservar a funcionarios *"para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función"*.

En relación a las notificaciones administrativas, el artículo 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dispone que se notificarán a los interesados las resoluciones y los actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses, conforme a ciertos requisitos formales establecidos en el artículo siguiente. Del cumplimiento de los estos requisitos, depende la validez de la notificación y por ello debe ser cursada en el plazo de diez días desde que el acto haya sido dictado, ha de tener un contenido mínimo que la ley enumera, entre ellos que contenga el texto íntegro de la resolución, indicación de si es o no definitivo en vía administrativa, expresión de los recursos que procedan, órgano ante el cual se han de interponer dichos recursos. Y también es requisito de su validez la estricta observación del procedimiento de la práctica de la misma pues dispone el artículo 59 que *"las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado. La acreditación de la notificación efectuada se incorporará al expediente"* En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, la notificación se practicará en el lugar que este haya señalado a tal efecto en la solicitud, y cuando ello no sea posible en cualquier lugar adecuado a tal fin. De practicarse en el domicilio del interesado, la ley dispone que *"podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad. Si nadie pudiera hacerse cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en la que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes. Cuando el interesado o su representante rechace la notificación de una actuación administrativa, se hará constar en el expediente, especificándose las circunstancias del intento de notificación y se tendrá por efectuado el trámite siguiéndose el procedimiento"*.

Dentro de las potestades que ostenta la Administración, el artículo 4 de la LRBL incluye en su apartado e) la presunción de legitimidad de sus actos, lo que implica que los actos de la Administración se presumen conformes a derecho.

Asimismo, señalar que cabe entender la fe pública de la administración como aquella potestad administrativa que permite a la misma investir a los actos que realiza de una presunción de veracidad a todos los efectos, salvo prueba en contrario, y que cabría incardinar dentro del poder general de autotutela de que goza la Administración, en concreto, y conforme a la distinción realizada por FERNÁNDEZ FARRERES³³, autotutela declarativa que supone que los actos administrativos obligan a su inmediato cumplimiento (artículo 56 LRJPAC), lo que también conlleva la presunción de su validez o legalidad (artículo 57 LRJPAC).

En cuanto al alcance concreto de la práctica de la notificación, la STS 7261/2009, de 30 de octubre en su fundamento jurídico 4 expone claramente las consecuencias que para determinados procedimientos conlleva la notificación defectuosa. El Tribunal dispone que *"resulta obligado estimar el motivo [de recurso] y considerara nula la controvertida notificación, pues aunque se aceptase como adecuado el lugar en que se produjo, al no firmar el representante de la sociedad la falta de identificación completa del receptor implicó una mengua de las garantías de la parte, provocándole indefensión, ya que toda la actuación posterior tiene como fundamento el reproche del incumplimiento que por diez días dice habersele practicado"*.

También en la STS 367/2014 recuerda la Sala de lo Contencioso que *"esta sala ha afirmado que, conforme a la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, los efectos de una notificación defectuosa únicamente lesionan el artículo 24 de la Constitución española en los supuestos de indefensión material y no formal, impidiendo el cumplimiento de su finalidad tendente a comunicar la resolución en términos que permitan mantener las alegaciones o formular los recursos establecidos en el ordenamiento jurídico frente a dicha resolución [SSTC 155/1898, de 5 de octubre, FJ 3; 184/2000, de 10 de julio, FJ2; y 113/2001, de 7 de mayo, FJ 3], con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los interesados afectados [SSTC 155/1988, FJ 4; 112/1989, FJ2; 91/2000, de 30 de marzo; 184/2000, de 10 de julio, FJ 2; 19/2004, de 23 de febrero; y 130/2006, de 24 de abril, FJ6; en igual sentido Sentencias de esta Sala*

³³ G. Fernández Farreres Sistema de Derecho Administrativo. Aranzadi, Madrid 2012 pg. 275.

de 25 de octubre de 1996 (rec. apel, núm 13199/1991), FD Cuarto; y de 22 de marzo de 1997 (rec.apel. núm 12960/1991) FD Segundo]....hemos declarado que el rigor procedimental en materia de notificaciones no tiene su razón de ser en exagerado formulismo, sino en constituir una pieza clave para la proscripción de la indefensión y la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24 de la Constitución [Sentencias de 25 de febrero de 1998 (rec. apel. núm. 11658/1991), FD Primero ; de 6 de junio de 2006 (rec. cas. núm. 2522/2001), FD Tercero ; de 12 de abril de 2007 (rec. cas. núm. 2427/2002), FD Tercero ; y de 27 de noviembre de 2008 (rec. cas. núm. 5565/2006), FD Cuarto]".

Como conclusión a tales exposiciones, cabe deducir que la práctica de la notificación puede llegar a vulnerar el artículo 24 CE y producir indefensión a los interesados, luego habrá de practicarse con todas las garantías tanto formales como procedimentales.

Las notificaciones administrativas requieren, como se ha puesto de relieve, que la persona que las realiza de fe de las circunstancias que rodean a los intentos de notificación practicados, como por ejemplo la efectiva recepción por el interesado, la entrega a la persona que se encuentra en el domicilio a efectos de notificación, la ausencia del interesado, la entrega a la persona que se encuentra en el domicilio o el rechazo y la persona que lo manifiesta. Todas estas diligencias que han de extenderse, cuando la notificación se practica por la Administración actuante, habrán de poder garantizar su efectiva realización con "*objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función*" por parte de la persona que la realiza, que en caso de estar vinculada a la Administración actuante, únicamente se podrá fundamentar en la objetividad, profesionalidad e imparcialidad en el servicio garantizadas con la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera , tal como se desprende del tenor literal del artículo 1.3 e) del EBEP; ya que dichas diligencias ostentarán presunción de legalidad y veracidad, teniendo en cuenta que tal como dispone la citada STS Roj 258/2013 ciertos actos "*aunque sean de trámite en muchos casos suponen el ejercicio de potestades administrativas*"; y teniendo siempre presente que los funcionarios son los únicos que de manera exclusiva pueden participar en el ejercicio no solo directo sino también indirecto de potestades públicas como son la autotutela o la fe pública.

En base a todo ello cabe plantearse si las notificaciones administrativas deben, en algún caso, realizarse por personal laboral, tal como dispone el RSPULSP, o si debieran

observarse respecto de estas funciones el mandato constitucional de las garantías de la imparcialidad en el ejercicio de las mismas, por que pudieran ser consideradas como "*ejercicio de las potestades públicas*" que el artículo 9.2 EBEP reserva en exclusiva a los funcionarios.

7. CONCLUSIONES

A la vista de esta exposición y al margen de otras repercusiones que pueden acarrear sobre diversos ámbitos la convivencia de los regímenes laboral y funcional sin haber determinado el concreto límite respecto de las funciones o ámbitos que pueden ser desempeñadas por ambos tipos de personal al servicio de la Administración, por ejemplo como apunta el profesor FERNÁNDEZ-MIRANDA³⁴ respecto de la "*ruptura del principio de igualdad y la apertura de conflictos entre uno otro y personal, cuya razón de ser no tiene por qué residir en la dualidad de regímenes sino en los términos de confusión sobre los que se articula*"; interesaba en este trabajo analizar el cauce elegido en relación a las repercusiones fácticas que la inexistencia de un marco concreto delimitador tiene sobre los propios actos del ejercicio de las Administraciones Públicas.

Como apunta CASTILLO BLANCO³⁵ "*quizás el problema, de fondo, es que la flexibilización del empleo público debió de haberse abordado precisamente mediante este recurso, es decir, disponer de un estatuto funcional más acorde con los tiempos, y no introduciendo con carácter generalizado nuevas figuras de personal que, a fin y a la postre, no parecen haber sido un recurso tan efectivo como se pensaba. Ciertamente, no está de más subrayarlo, sus singularidades han terminado por complicar las ya de por sí complejas relaciones laborales en el sector público*".

Asimismo, habría que analizar seriamente el impacto que supone respecto de la observación de la necesaria objetividad prescrita por la Constitución para el servicio de los intereses generales, la elección de la flexibilización del empleo público a través de la laboralización del personal al servicio de la Administración; sin olvidar las repercusiones que necesariamente ha de tener el impacto de tales modificaciones tanto en la presunción de veracidad y legitimidad de los actos y disposiciones que emanan de ella, como en la tutela de los derechos de los ciudadanos afectados por el ejercicio de la actividad administrativa.

³⁴ Fernández-Miranda, Ídem.

³⁵ F.A. Castillo Blanco. *Ibidem*. pg. 65

Quisiera concluir citando a GAMERO CASADO que en el prólogo de una obra dedicada, precisamente a la imparcialidad en el procedimiento administrativo recuerda que *"en el año 62. a. C., Cayo Julio César repudió a su mujer, Pompeya Sila. El motivo sorprendió a muchos: el general Publio Clodio Pulcro se había enamorado perdidamente de ella, y a fin de confesarle sus sentimientos se disfrazó para infiltrarse en un rito de la diosa Bona Dea en el que sólo podían participar mujeres. Descubierta antes de alcanzar su propósito, se dio a la fuga, y puesto en antecedentes el Pontífice Máximo, repudió a su mujer, ante la sorpresa general, pues era de público conocimiento que ella lo ignoraba todo. Entonces, el emperador anunció que no tenía la menor duda sobre la inocencia de su esposa, y pronunció a renglón seguido una de sus más célebres frases: La mujer del César no debe estar ni siquiera bajo sospecha «en la versión de Plutarco», o también. La mujer del César no sólo debe ser honrada, además debe parecerlo «según su formulación convencional o común».*

Bien podría ello aplicarse al ejercicio de la función pública o las potestades públicas por parte del personal al servicio de la Administración, porque como se ha ido desgranando a lo largo de este trabajo, únicamente el desempeño de estas por funcionarios públicos otorga el elenco de garantías que pueden investir de legitimidad a los actos de la Administración en el ejercicio de las prerrogativas que esta ostenta, y que ponen a estos en una posición de superioridad con respecto a los actos y derechos de los administrados.

Madrid, junio de 2015.