



TEMAS

**SOBRE EL PERSONAL
NO FUNCIONARIO
AL SERVICIO DE LA
ADMINISTRACION PUBLICA**
3.052.45

Por **LUIS ENRIQUE DE LA VILLA**

Sumario: 1. Delimitación.—
2. La regulación del arrendamiento de obras y de servicios en el Código Civil español.—3. El contrato de trabajo como subespecie del arrendamiento de servicios.—
4. La progresiva laborización de las hipótesis en que se presta trabajo para otro.—5. El régimen jurídico del personal no funcionario al servicio de la Administración.
6. Conclusiones.

1. Delimitación

Todo trabajo —en cuanto esfuerzo del hombre— que determina una situación jurídica especial entre dos personas, la que lo presta y la que lo retribuye, refleja la existencia de una relación jurídica entre ambas, cualquiera que sea el cauce formal utilizado para generar dicha relación; relación jurídica que cae bien bajo el marco del Derecho público, bien bajo el marco del Derecho privado.

La relación jurídica de Derecho público que media entre la Administración y sus funcionarios es la llamada relación de servicio público y, pese a su problemática, no queda recogida en este artículo.

Se va a tratar solamente de las relaciones jurídicas que se establecen, a través del correspondiente contrato, entre la Administración y su personal no funcionario. Estas relaciones jurídicas o caen dentro del Derecho civil o dentro del Derecho del trabajo, sin que quepa otra posible alternativa. Si acaso, la única imaginable se deduciría de la tesis según la cual todo aquel que sirve al Estado es un funcionario público ligado al mismo por una relación de servicio público, salvo que, expresa y terminantemente, conste otra cosa (1); pero aun en este supuesto hay que darse cuenta de que el problema a resolver

(1) Cfr. M. ALONSO OLEA: *La materia contenciosa laboral. Extensión y límites de la jurisdicción del trabajo*. Sevilla, Inst. García Oviedo, 1959, p. 50.

se sitúa en una fase previa: la fase en que deba determinarse la noción, más o menos dilatada, de funcionario público, y no, sino con posterioridad, el carácter de la relación jurídica causada por quien *ab initio* queda privado de tal condición o naturaleza. Con acierto, decía el profesor PÉREZ BOTIJA que «si a determinados empleados o dependientes del Estado u otra Corporación pública se les borra, a todos los efectos, de los cuadros estrictamente burocráticos habrá que buscarles acomodo en el campo de las relaciones del Derecho civil o del Derecho del trabajo» (2).

2. La regulación del arrendamiento de obras y de servicios en el Código Civil español

Prescindiendo ahora de las manifestaciones heteronómicas en la regulación del trabajo por cuenta ajena—que tantos precedentes encuentran en el Derecho histórico español (3)—y acogiendo como ámbito de investigación nuestro Código Civil vigente, se aprecia que, en su seno, aparecen reguladas dos formas contractuales genéricas que tienen como causa el interés económico-social de dos partes que se obligan, respectivamente, a facilitar trabajo contra una retribución.

Estas dos formas, sucesoras de las romanas *locatio conductio operis* y *locatio conductio operarum*, son el arrendamiento de obras y el arrendamiento de servicios.

a) ARRENDAMIENTO DE OBRAS

Por este contrato una parte se obliga a la ejecución de una obra, conviniendo en que el que la ejecuta ponga solamente su trabajo o su industria, o que también suministre el material (art. 1.588 del C. C.), variando, a tenor de ello, la retribución a percibir.

Los preceptos dedicados al arrendamiento de obras en el Código Civil autorizan a distinguir, dentro del género común, dos figuras específicas: el arrendamiento de ejecución de obra—en el que intervienen dos

(2) Cfr. *El problema de los «no funcionarios» en las Entidades públicas*, en «Estudios dedicados al Profesor Gascón y Marín en el cincuentenario de su docencia». Madrid, 1952, p. 140.

(3) Vid. por todos G. BAYÓN: *La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo*. Edit. Tecnos, 1955.

sujetos, comitente y contratista o ejecutor directo de la obra—y el contrato de empresa, en el que intervienen tres sujetos: el comitente, el contratista y los trabajadores del contratista, que son los que realizan el trabajo (4). A su vez, el contratista, en este segundo supuesto, puede subcontratar la realización de la obra con otro sujeto, convirtiéndose entonces aquél en comitente y éste en contratista; la cadena puede ser indefinida.

Bien entendido que en este artículo sólo interesa, en todo caso, la figura del contrato de ejecución de obra; es este contrato, por otra parte, el único que podría ser incluido en su día en el ordenamiento jurídico laboral.

b) ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS

Por este contrato una persona se obliga, a cambio de una retribución y durante un cierto tiempo, a la prestación de un servicio (art. 1.583 del C. C.). El tiempo puede ser indeterminado o determinado, y si es así puede venir fijado directa (tiempo cierto) o indirectamente (para obra determinada). Es fundamental evitar la frecuente confusión que se padece entre el contrato de servicios para obra determinada y el contrato de ejecución de obra.

La explicación de que la normativa del Código Civil, respecto del arrendamiento de servicios, sea tan insuficiente, está en que los preceptos contenidos tanto en el nuestro como en la mayor parte de los Códigos civiles de la época, pretendían moldear jurídicamente la realidad determinada por la situación social del servidor doméstico (5); a ello se debe el que sea para ellos para los que encontró mayor aplicación la normativa que el Código Civil español dedica al arrendamiento de servicios.

(4) La distinción, con un antecedente en M. ALONSO OLEA: *Pactos colectivos y contratos de grupo*. Madrid, IEP, 1955, pp. 149 y ss., ha sido perfilada de modo definitivo por E. BORRAJO DACRUZ en estudio hasta el momento inédito, pero que se refleja en su programa de cátedra. Mayores consideraciones, en la obra conjunta de los Catedráticos de la Universidad de Madrid G. BAYÓN y E. PÉREZ BOTIJA: *Manual de Derecho del Trabajo*. Madrid, 1962, vol. II, pp. 621 y ss. Cfr. además M. ALONSO GARCÍA: *Contrato de trabajo, subcontrata y cesión de mano de obra*, en los «CPS». Madrid, IEP, 1960, n. 45, pp. 7 y ss.

(5) Cfr. E. BORRAJO DACRUZ: *El régimen jurídico del servicio doméstico*. Memoria y lección de apertura del curso 1959-60 en las Academias del SEU. Madrid, 1959, pp. 25 y 26.

3. El contrato de trabajo como subespecie del arrendamiento de servicios

Dentro de la figura genérica del arrendamiento de servicios se distinguieron en seguida dos modalidades del mismo: el dependiente (contrato de trabajo) y el independiente, también llamado libre, o arrendamiento de servicios en sentido propio.

Sólo la primera de estas dos modalidades ha pasado a las leyes de contrato de trabajo y, desde luego, a la nuestra. Las alusiones que en ella se hacen a «ejecutar una obra», junto a la expresión de «prestar un servicio», vienen referidas a variantes de pago o a sistemas para el cómputo de los términos del contrato de servicios dependiente (contrato de trabajo), y no, de ninguna manera, al arrendamiento de obra, ni siquiera en su forma de contrato de ejecución de obra que, junto al arrendamiento de servicios libres, siguen regulados en el Código Civil. Esta afirmación no admite réplica, pues el artículo 1.º de la Ley de Contrato de Trabajo vigente—aprobada por Decretos de 26 de enero y 1 de marzo de 1944—no autoriza a incluir el contrato de ejecución de obra junto al de servicios dependiente o contrato de trabajo, y los artículos 5.º, 23 y 24 del propio cuerpo legal, excluyen el contrato de empresa de la normativa de la Ley.

4. La progresiva laborización de las hipótesis en que se presta trabajo para otro

Si inicialmente sólo pertenecían al ámbito jurídico laboral aquellas relaciones nacidas de un contrato de trabajo que exclusivamente tenía por sujetos a ciertas personas muy cualificadas por su actividad (obreros o trabajadores manuales), paulatinamente el contrato de trabajo, originador de relaciones jurídicas laborales insertadas en el Derecho del trabajo, *se ha ampliado* de modo que actualmente sirve para moldear formalmente gran parte de los supuestos en que se presta trabajo para otro, y *aspira a ser*, como se señala en la doctrina, el cauce que provoque el tránsito del Derecho del trabajo actual, al que se ha dado en llamar

Derecho de la actividad profesional, es decir, aquel ordenamiento que tenga a su cargo la regulación de cualquier actividad profesional (6).

a) LAS VÍAS DE AMPLIACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

Estas vías de ampliación han sido, en líneas generales, las siguientes:

1.ª Reconocimiento de la posibilidad de incluir el trabajo intelectual, junto al manual, en la órbita laboral, y así dar lugar a relaciones especiales derivadas de un contrato de trabajo.

2.ª Ampliación de la noción clásica de actividad laboral, sometiendo a revisión la procedencia de sujetar al Derecho del trabajo actividades artísticas, deportivas, de vigilancia, colaboración, etc.

3.ª Ampliación del concepto de empresa, asignando tal carácter a personas físicas y jurídicas, tanto privadas como públicas.

El que la Administración pública pueda asumir el papel de parte patronal en una relación de trabajo no plantea ya duda alguna. Por ello las personas contratadas por la misma y no incorporadas al servicio por acto administrativo, cualesquiera que sean sus funciones (7), son trabajadores en sentido técnico jurídico. El criterio de la Ley de 26 de diciembre de 1958 considerando que sólo los obreros (trabajadores manuales) pueden dar lugar a relación jurídico-laboral es radicalmente anacrónico, fácilmente criticable, en contra del tenor general de nuestra legislación y, en concreto, del artículo 6.º de la Ley de Contrato de Trabajo vigente.

Resulta así que, hoy por hoy, y fuera de las restricciones que seguidamente se recogen, entra dentro del Derecho del trabajo todo trabajo prestado, cualquiera que sea su carácter y la calidad de los sujetos que lo realicen *por cuenta y bajo dependencia ajena*.

b) RESTRICCIONES EN VIGOR

La Ley de Contrato de Trabajo limita la regla general anterior a través de un principio general y de exclusiones particulares:

(6) No pueden silenciarse los esfuerzos de LOTMAR, en la doctrina alemana; de LEGA, en la italiana; de DURAND, en la francesa; de DEVEALI, en la hispanoamericana; de BAYÓN, en la española.

(7) Cfr. E. PÉREZ BOTIJA: *El concepto de trabajador en la jurisprudencia*, en la «RGLJ». Madrid, Edit. Reus, 1952, separata, pp. 22 y ss., y nuestro trabajo sobre *Las actividades de guardería ante el Derecho del Trabajo*.

1.º Sólo es laboral —es decir, sometido a la normativa jurídico-laboral— el trabajo que se presta por cuenta y bajo dependencia ajenas. El texto de los artículos 1.º y 2.º del cuerpo legal citado y la constante aplicación jurisprudencial de los mismos es terminante al respecto.

2.º Ahora bien; aun prestando ese trabajo en las condiciones que recoge el número anterior, no es aquél *laboral* cuando se trata de alguna de las modalidades siguientes:

- Trabajos de alta dirección, gobierno o consejo (art. 7.º de la Ley de Contrato de Trabajo).
- Trabajos de carácter familiar (art. 2.º, *a*), de la L. C. T.).
- Trabajos realizados ocasionalmente, mediante los llamados servicios amistosos, benévolos y de buena voluntad (art. 2.º, *b*), de la Ley de Contrato de Trabajo).
- Trabajos domésticos (art. 2.º, *c*), de la L. C. T.).
- Trabajo de los funcionarios públicos (art. 8.º de la L. C. T.).

En el Derecho constituido cualquier otra exclusión ha de estimarse improcedente; y aún más si cabe, en el Derecho constituyente, de acuerdo con las consideraciones que siguen:

c) PERSPECTIVAS DE «LEGE FERENDA»

Casi sin excepción, el criterio que tiende a imponerse recomienda la inclusión en el ámbito del Derecho del trabajo de cualquier trabajo que se realice para otro, tanto si se considera que aquél es dependiente (eliminación de todas o de la mayor parte, cuando menos, de las restricciones actuales) como si se toma en cuenta el trabajo independiente (adoptando las medidas oportunas para la inclusión y creando los moldes formales adecuados). Lo decisivo va a ser en este sentido que exista *la puesta a disposición de una energía de trabajo* por cuenta ajena.

O sea que de acuerdo con la evolución que se adivina y por la que lucha la doctrina laboralista, se tiende a que el Derecho del trabajo, convertido en un Derecho de la actividad profesional, regule:

- Las relaciones jurídicas nacidas de un contrato, sea éste de los que en el presente se consideran de servicios independientes, de ejecución de obra o de servicios dependientes (contrato de trabajo).

- Las relaciones nacidas de un acto administrativo.
- Las relaciones que, excepcionalmente, puedan nacer de la ley o de los hechos (8).

5. El régimen jurídico del personal no funcionario al servicio de la Administración

Hechas que han sido las inevitables consideraciones precedentes, resulta que, incluso en una perspectiva de presente, la situación jurídica del personal no funcionario al servicio de la Administración sólo puede originar una de las relaciones jurídicas siguientes, a saber:

a) RELACIÓN JURÍDICO-CIVIL

De acuerdo con la normativa a que se ha aludido, el personal al servicio de la Administración puede ser contratado o para prestar servicios libres o para ejecutar obras. En esta alternativa queremos resaltar la nota de actividad o la de resultado en la prestación de trabajo, distinción que, pese a sus inconvenientes, sigue siendo muy gráfica; es decir, que se estará ante una forma contractual u otra según que el personal deba *trabajar* o deba realizar un *trabajo*.

La distinción es, en ocasiones, de muy difícil matiz, pues entre sus extremos presenta múltiples zonas grises de dudosa calificación que obligan a tener en cuenta el caso concreto. Sin embargo, la dificultad apuntada no reduce en absoluto ni el interés ni la utilidad práctica de la misma, ya que, en cada hipótesis, el régimen jurídico a aplicar es absolutamente distinto.

No obstante, si se tiene en cuenta que el contrato de ejecución de obra no puede explicar sino muy contados supuestos de los que tienen lugar cuando la Administración contrata personal—personal que frecuentemente ocupa puestos de plantilla, lo que no es fácil de conciliar con la transferencia del riesgo de empresa que caracteriza al contrato de ejecución de obra—, y se admite que el personal contratado constituye una categoría que no debe asimilarse ni a los funcionarios públicos

(8) Este tipo de relaciones lleva a reconsiderar la problemática de las fuentes de las obligaciones. Para más detalles, nuestro estudio sobre *Relaciones laborales de hecho*, en la «RDT». Madrid, Edit. Tecnos, 1961, n. 47, pp. 3 y ss.

ni a los trabajadores manuales (obreros) al servicio de la Administración (9), sólo queda la posibilidad de aplicar a los mismos el insuficiente cauce del arrendamiento de servicios libres previsto en el Código Civil. Se habla de cauce insuficiente no sólo por la pobreza normativa de los artículos 1.583 y 1.587 del cuerpo legal citado, que, además de tener como base una realidad social diferente, hay que considerar en su mayor parte derogados (10).

Todo ello es buena prueba de la necesidad de arbitrar una figura adecuada para la regulación de las hipótesis a que se alude.

b) RELACIÓN JURÍDICO-LABORAL

Puede ocurrir que tal figura no sea necesaria, por estar ya creada dentro del ámbito laboral. Así cuando la Administración contrata personal no con la finalidad de que se le preste un servicio aislado (11) o de que se le realice una obra determinada—a través del correspondiente contrato de ejecución de obra—, sino con la intención de adscribirlo a su estructura, con carácter continuo, con un régimen de jornada predeterminado (horario de trabajo más o menos uniforme), asignándole una función fija—frecuentemente más técnica que de servicio público—, controlando el trabajo realizado a través de la línea jerárquica y, en definitiva, retribuyendo periódica e igualmente los servicios prestados, se está, desde luego, ante un supuesto perfectamente explicable a través del contrato de trabajo clásico.

En este caso el régimen jurídico aplicable no puede ser otro que el laboral común, con todas sus consecuencias. De forma que, por ejemplo, la jurisdicción competente para conocer de las reclamaciones a que pueda dar lugar el desarrollo de la relación jurídica nacida será, si se cumplen los requisitos por razón de la materia a que alude el artículo 1.º del texto refundido del Procedimiento laboral—aprobado por Decreto de 4 de julio de 1958—, la especial laboral.

No puede oponerse a lo expresado la tesis de que es la función encomendada la que puede conducir a una interpretación diferente. Con una

(9) Cfr. J. M. ROMAY BECCARIA: *Personal contratado al servicio de la Administración*, en «DA». Madrid, 1962, n. 50, p. 47.

(10) Detallado estudio en E. BORRAJO: *El régimen jurídico del servicio doméstico*, cit., especialmente pp. 36 y ss.

(11) Y la jurisprudencia repite sin excepción que si hay dependencia hay contrato de trabajo. Cfr. M. ALONSO OLEA: *La materia contenciosa laboral*, cit., páginas 34 y 35.

perspectiva muy de futuro, pero, desde luego, en la línea de pensamiento que refleja el presente artículo, se ha dicho que es perfectamente diferenciable y compatible el *aspecto objetivo*—que sitúa al funcionario como órgano del Estado en el ejercicio de funciones públicas—y el *aspecto subjetivo*—que determina una situación de trabajo que no debe ser ajena al Derecho del trabajo (12).

La única reserva que por nuestra parte podríamos oponer a todo lo hasta ahora mantenido se concreta en el cauce formal pertinente para llevar los supuestos materiales que se contemplan a la órbita jurídico-laboral. O dicho de otro modo: Los laboristas debemos admitir que una ampliación del ámbito del Derecho del trabajo semejante a la predicada, siendo una exigencia rigurosamente evidente y encontrando base material suficiente para ello, carece en ocasiones de una vía formal, de un ropaje externo adecuados. Queremos decir con esto que el contrato de trabajo clásico—recogido y regulado en la Ley española vigente de 1944—no es suficiente ni apto para explicar todo tipo de relaciones contractuales que, teniendo como substrato el trabajo prestado para otro, necesitan de regulación jurídico-laboral. Sería preciso para ello, y con esto se insiste en una idea ya vieja, que se orientase la ampliación del Derecho del trabajo pensando en la conveniencia de crear otras figuras contractuales laborales, de modo que no hubiese contrato, sino *contratos de trabajo*.

Pero este aspecto puramente instrumental no puede desvirtuar, desde luego, el sustantivo que ha quedado apuntado en estas páginas.

6. Conclusiones

En una perspectiva de presente interesa laboralizar el mayor número posible de relaciones de trabajo jurídico-privadas, para garantizar al personal que presta a otro su trabajo unos derechos mínimos, económicos y de garantías especialmente. Esto en cuanto resultado final, debiéndose estudiar, sin embargo, el procedimiento más apropiado para ello.

(12) En este sentido, el Profesor M. RODRÍGUEZ PIÑERO: *La relación laboral de los empleados públicos*. Tesis doctoral inédita. Texto mecanografiado, p. 312. El autor citado ocupa una posición de vanguardia, y la importancia de su estudio sólo tiene precedente en el de los italianos COMBA y CORRADO.

En una perspectiva de futuro parece ir en contra de toda lógica la exclusión de los sujetos, sobre los que se trata en este artículo, del ámbito laboral. Por vía de exclusión, no sólo se contradice el tenor general de la legislación española de la posguerra, sino que se corre, además, el peligro de crear lagunas injustificadas y situaciones de difícil explicación jurídica y de éxito nulo en la evolución que se presente.