

La laboralización de la Función pública: del contrato laboral para trabajos manuales al contrato de Alta Dirección

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA LABORALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA. 1. La relación funcional como forma exclusiva de prestación de servicios a la Administración Pública. 2. La admisión de contratos laborales para funciones manuales o propias de oficios. 3. El régimen de empleo público en la Constitución de 1978 y la garantía del régimen funcional para el empleo en la Administración Pública. 4. La admisión generalizada del vínculo laboral en la Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública de 1984. 5. La interpretación del Tribunal Constitucional. La limitación de la contratación laboral en la Administración del Estado, sus Organismos Autónomos y las Entidades gestoras de la Seguridad Social. 6. La contratación laboral en los entes instrumentales sujetos al Derecho privado. III. LA EXCLUSIÓN DE LOS FUNCIONARIOS DE LOS PUESTOS DIRECTIVOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. IV. LA FUNCIÓN DIRECTIVA EN EL DERECHO LABORAL: LOS CONTRATOS BLINDADOS. V. LOS INCONVENIENTES DE LA ADMISIÓN DE CONTRATOS BLINDADOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

I. INTRODUCCIÓN

Parece que el modelo funcional está perdiendo la batalla contra la laboralización del personal del sector público. Las cifras son elocuentes: los laborales representan ya la cuarta parte del personal al servicio de las Administraciones Públicas¹. Sólo en

¹ De acuerdo con los datos oficiales (*Boletín Estadístico del Registro Central del personal*, editado por el Ministerio para las Administraciones Públicas, sept. 1992), en la Administración civil del Estado el 8,6 por 100 de sus efectivos, 113.463 personas, son contratados laborales; en las

diez años, desde 1982 a 1992, en la Administración del Estado se ha duplicado el número de contratos laborales mientras que en alguna de las Comunidades Autónomas el personal sometido al Derecho del trabajo dobla sobradamente en número a los funcionarios de carrera que prestan sus servicios en esa misma Comunidad ².

Pero la laboralización de la función pública no es exclusiva de nuestro país. De una parte, ha abierto brecha en países, como Alemania, de la más sólida tradición funcionarial; de otra, una moda privatista relativamente reciente asola a las Administraciones Públicas sobre las que ha incidido la extraordinaria afición de los italianos por la innovación y el diseño. Desde los años setenta, la decadencia económica de las democracias occidentales y el convencimiento de que el crecimiento económico era más lento en función de los altos niveles de déficit público han provocado restricciones del gasto que han redundado en la disminución del número de empleados públicos considerados más caros e ineficaces que los del sector privado y en la búsqueda en este sector de las claves de la buena gestión ³.

En Alemania, por expresa previsión de la Ley Fundamental de 23 de mayo de 1943, conviven el modelo de función pública cerrada ⁴ con el Derecho laboral. Así está previsto en el apartado cuarto del artículo 33 de la Ley Fundamental que al reservar a los agentes de la Administración ligados a los entes públicos por una relación de servicio y fidelidad, es decir, a los funcionarios, el ejercicio de las prerrogativas de poder público, está admitiendo indirectamente que las demás funciones que no conllevan el ejercicio de estas prerrogativas puedan ser, aunque no necesariamente, prestadas por agentes laborales. Sobre esta reserva constitucional que se limita a establecer una reserva del régimen de función pública sin fijar límite alguno, pues no impide al legislador establecer un régimen administrativo para todo el personal de la Administración, vino sin embargo a superponerse la Ley federal marco de la función pública de 27 de febrero de 1985, cuyo artículo 2.2 transforma la reserva en un límite positivo al

Comunidades Autónomas el porcentaje aumenta hasta el 16,7 por 100, es decir, 99.303 laborales, mientras que en las Corporaciones locales los laborales representan ya el 48,7 por 100 (178.200).

² Según datos de los representantes sindicales de los funcionarios, de 78.452 laborales que en 1982 trabajaban en la Administración del Estado se ha pasado en 1993 a 152.663, de los que 36.718 pertenecen a Defensa. Según las mismas fuentes, en la Comunidad Autónoma de Andalucía los laborales duplican con creces a los funcionarios y casi los cuadruplican en Madrid.

³ Guy, PETERS, «La moral en la función pública. Estudio comparado», *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, núm. 57, 1991, págs. 125 y ss.

⁴ El Derecho de la función pública, dice su artículo 33.5, debe ser regulado teniendo en cuenta los principios de la función tradicional.

prescribir que sólo podrán ser desempeñados por funcionarios los puestos que supongan el desempeño de potestades públicas y ejercicio de autoridad pública o tareas que, por razones de seguridad del Estado o de la vida pública, no puedan ser encomendadas a personas vinculadas a la Administración por una relación laboral. Por esta vía se ha generalizado la contratación laboral en los estratos inferiores de la función pública, es decir, en los puestos instrumentales, de apoyo administrativo y que supongan el desarrollo de trabajos físicos o manuales, de donde han sido desplazados los funcionarios, que tienen reservadas las funciones de cierta trascendencia y desde luego la función directiva, solución que tiene la ventaja de impedir el solapamiento de funcionarios y laborales en los mismos puestos de trabajo⁵.

Más atrevida y «original» ha sido la reciente experiencia italiana donde el Decreto legislativo de 3 de febrero de 1993 ha operado una laborización de la práctica totalidad de los empleados públicos a excepción de algunos cuerpos especiales y de los dirigentes generales que mantienen un estatuto de Derecho público⁶. En efecto, la laborización ha afectado a todo el personal de la Administración central, Entes institucionales, Administraciones territoriales regionales y locales⁷. Sólo mantienen su estatuto funcional los Jueces y Magistrados, Fiscales, Abogados y Procuradores del Estado, Militares y Policía, Diplomáticos a partir de Secretario de Legación y carrera prefectoral desde Viceconsejero de Prefectura y los «dirigentes generales». A éstos les corresponde llevar a cabo los objetivos y programas determinados por el Ministro, así como la gestión financiera, técnica, administrativa y contable, además de la competencia para dictar actos que tengan efectos hacia el exterior con poderes de gasto, de organización de los recursos humanos, instrumentales y de control⁸. Sin embargo, esta reserva al estatuto funcional de las

⁵ Señala DEGEN en «La carrera administrativa en la República Federal de Alemania», en *Documentación Administrativa*, núms. 210-211, 1987, pág. 439, que, a diferencia de los funcionarios de las colectividades territoriales que en su mayoría (69,2 por 100) pertenecían en 1978 a las categorías media y superior, los laborales indican una estructura muy distinta pues los empleados de la categoría superior representaban sólo un 6,8 por 100; mientras que el 69 por 100 de los empleados laborales formaban parte de la categoría media, correspondiendo el 5,1 por 100 a la categoría subalterna.

⁶ Esta reforma legislativa no hace sino reflejar la concepción según la cual no existen rasgos distintivos entre la relación de empleo con la Administración y la relación de empleo privado y que expuso GIANNINI en su conocido Informe (*D.A.* núm. 186/1980, págs. 207 y ss.), en el que postuló la privatización de las relaciones laborales con el Estado cuando no estuvieran vinculadas con el ejercicio del poder público, conservando como relación estatutaria las de aquellos a quienes tal ejercicio les estuviera confiado, es decir, los directivos o dirigentes.

⁷ Ramón PARADA, *Derecho Administrativo, Organización y empleo público*, 1994, págs. 398 y 399.

⁸ Por debajo de los dirigentes generales emplazados en un primer nivel directivo justo a

funciones de alta dirección se ha visto un tanto adulterada por la posibilidad, excepcional pero existente, de que sean nombrados dirigentes generales, además de los funcionarios con cualificación directiva en las respectivas Administraciones o provenientes de entes institucionales con cinco años de experiencia en la función directiva, personas por completo ajenas a la Administración que quedarán unidas a ella por contratos de Derecho privado, con una duración máxima de cinco años y renovables por una sola vez.

Mientras tanto, en Francia, el personal al servicio de la Administración Pública, funcionario y contratado, continúa sujeto al Derecho público. De acuerdo con los criterios jurisprudenciales del servicio público y las cláusulas exorbitantes, el personal contratado está sujeto en su mayoría al Derecho administrativo, aunque alguna decisión reciente del Consejo de Estado haya negado naturaleza administrativa a algún contrato para puestos de alto nivel en establecimientos públicos administrativos cuya función no constituía una actividad de servicio público en sentido estricto. Esta interpretación es todavía excepcional y la mayoría del personal contratado lo es en régimen de Derecho público, lo que supone una menor protección social que la que otorga el Derecho laboral. De ahí las presiones del colectivo de contratados para conseguir su laboralización aunque el legislador, a través de los planes de funcionarización, y la propia jurisprudencia insisten en la aplicación incuestionable del Derecho público para su personal⁹. Incluso en las empresas públicas que desempeñan una

las órdenes de los cargos políticos, se sitúan los dirigentes en sentido estricto que desempeñan los puestos situados en el segundo nivel de dirección similares a las Subdirecciones generales, Jefaturas de servicio y Direcciones provinciales y que como los demás funcionarios han sido laboralizados en esta reforma. Miguel SÁNCHEZ MORÓN, «Sobre la reforma administrativa en Italia del período de transición, con especial referencia a la organización administrativa y al empleo público», *RAP*, núm. 134, 1994, págs. 484 y 485.

⁹ Los partidarios de la laboralización insisten en que no existen obstáculos jurídicos que impidan la laboralización en bloque de los contratados pues, como apunta GOURDON (Jean CABANEL y Jean-Loup GOURDON, *Les contractuels*, París, 1991, págs. 92 y ss.), frente a la objeción de que la laboralización supondría una derogación de las reglas normales de distribución de competencias entre la justicia administrativa y los tribunales ordinarios, que atribuyen a los primeros los contratos relacionados con el servicio público, arguye este autor que estas reglas han sufrido numerosas excepciones perfectamente legítimas mientras que no afecten a las materias que, como ha afirmado el Consejo Constitucional, están reservadas a la jurisdicción administrativa por un principio de valor constitucional. Esta reserva comprende las decisiones tomadas en el ejercicio de prerrogativas del poder público; así pues, los actos de gestión de personal, incluso tratándose de un régimen de Derecho público, no afectarían para nada a esta reserva. A cambio, las ventajas resultan desde su punto de vista evidentes. De una parte, porque ello supondría una serie de garantías para los contratados de las que hasta ahora se han visto privados; de otra y desde la perspectiva del interés público, porque el Derecho laboral proporciona a la Administración especialistas que no podrían ser reclutados por el modelo funcional pues se les pide una movilidad, conocimiento de la empresa y apertura al mundo

actividad industrial o comercial pero que a la vez están encargadas de un servicio público, las denominadas *entreprises publiques à statut*, el Derecho laboral se aplica sólo de forma restrictiva pues, como ha señalado el Consejo de Estado en una reiterada jurisprudencia, el Código de Trabajo no está adaptado a las necesidades de los servicios públicos aunque sean industriales o comerciales, de ahí que a sus trabajadores no les sea aplicable el Código laboral sino los principios más genéricos que de él derivan.

En nuestro país, la reforma de la Función pública operada por la Ley 30/1984 sobre la base de la exaltación de lo privado y la descalificación de lo público, ha venido a acabar de golpe con un modelo de más de un siglo de existencia a través de la doble estrategia de despublicar el régimen de los funcionarios, es decir, de la desvirtuación de los elementos propios del sistema cerrado de función pública, de un lado, y la admisión e incluso el fomento de la contratación laboral en la función pública, de otro¹⁰. Por si ello fuera poco, el proceso de laborización se ha visto agravado por la legislación sectorial que ha reconvertido al Derecho privado sectores enteros de actividad tradicionalmente sujeta al Derecho público. Pero lo más grave de la aplicación del Derecho laboral a la Administración pública es que se ha hecho sin ningún tipo de límites. A falta de previsiones normativas, la contratación laboral, lejos de limitarse a las funciones manuales y propias de oficios, o a las puramente instrumentales y de apoyo administrativo, ha incidido en los estratos superiores de la función pública, es decir, en la función directiva misma. Así es como han hecho su entrada en la Administración los denominados contratos blindados, es decir, contratos que contienen una indemnización superior a la prevista en las normas laborales en caso de extinción de la relación laboral. Esta cláusula contractual es usual en los contratos de alta dirección pues se pretende con ella compensar la inseguridad del alto directivo que se encuentra a merced del empresario quien, en cualquier momento, podrá rescindir la relación laboral sin necesidad de alegar una causa objetiva o el incumplimiento del alto directivo. Pero la autonomía de la voluntad propia del Derecho laboral, del Derecho privado en general, no impide que la Administración pueda pactar con cualquier trabajador no incluido en el concepto de «alto directivo»

profesional incompatibles con el sistema de carrera; no se trata, en definitiva, de que el Derecho del trabajo proporcione mayores facilidades a la hora de seleccionar un candidato con un perfil determinado sino de que el Derecho laboral ofrece un marco mejor adaptado para los especialistas formados en el sector privado, los cuales volverán seguramente a él.

¹⁰ Fenómeno sobre el que, desde hace años, vino llamando la atención Ramón PARADA, *Organización y Empleo Público*, 1.ª ed., Madrid, 1987.

una mejora sobre el régimen general en materia de indemnizaciones en caso de extinción de la relación laboral.

Pues bien, aun cuando la utilización de contratos blindados en los entes públicos y sociedades mercantiles cuyo personal queda sujeto al Derecho laboral no encuentra más límites «legales» que los derivados de la propia regulación laboral, ésta resulta contraria al principio de responsabilidad del Gobierno sobre el funcionamiento de los servicios públicos que consagra el artículo 97 de la Constitución, pues grava o coacciona de forma sustancial su facultad de nombramiento y destitución de los cargos directivos en el sector público sin que exista previsión constitucional alguna que lo permita. Por otra parte, la utilización de los contratos blindados en la Administración central y Organismos autónomos debe sujetarse a lo establecido en la Ley 30/1984, de Reforma de la Función Pública, que no permite la contratación laboral para el ejercicio de funciones directivas.

Pero no han sido las objeciones que desde la constitucionalidad o legalidad pueden hacerse a los contratos blindados de la Administración, sino la reacción contraria de la opinión pública, la que ha propiciado un acuerdo del Gobierno limitando las indemnizaciones de los contratos blindados del sector público. No obstante, el incierto valor normativo del Acuerdo y las consecuencias de su incumplimiento, junto con el hecho de que se mantengan en vigor los contratos blindados realizados con anterioridad al primero de enero de 1994, permiten albergar serias dudas sobre su efectividad.

II. LA LABORALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA

1. LA RELACIÓN FUNCIONARIAL COMO FORMA EXCLUSIVA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El establecimiento de un sistema de función pública en nuestro país no puede datarse de manera precisa. Si, de una parte, ya hay en el siglo XIX Cuerpos especiales ¹¹, a ellos, sin embargo, se superpone la ideología liberal del libre nombra-

¹¹ RUMEU DE ARMAS, *Ciencia y tecnología en la España Ilustrada*, Colegio de Ingenieros de Caminos, Madrid, 1980; PALOMAR OLMEDA, *Derecho de la función pública*, 1992, Madrid, pág. 106; ARROYO YANES, *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*, Valencia, 1994, pág. 38; MARTÍNEZ DE PISÓN, "Aspectos parciales para el análisis del derecho al cargo de los funcionarios públicos entre 1852 y 1963", *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XXV, 1993, págs. 75 y ss.

miento y destitución sobre la que, a su vez, surgirán los Estatutos de 1827 y 1852. Coexisten, pues, durante estos primeros años dos modelos contrapuestos de función pública. El modelo liberal de los Diputados de Cádiz y de los primeros administrativistas españoles¹², según el cual los funcionarios son nombrados y despedidos por la simple voluntad de quien ostenta la competencia, bastando la vieja figura del arrendamiento de servicios para regular las relaciones jurídicas entre el Estado y funcionario¹³, y el modelo funcionarial de los Cuerpos especiales que pretende limitar la discrecionalidad del Gobierno en la selección y remoción de sus empleados y establecer los peculiares deberes y, en menor medida, los derechos de los empleados públicos atendiendo a los fines de interés general que ésta tiene encomendados.

Pues bien, el primer Estatuto General de la Función pública aprobado por la Real Orden de 10 de junio de 1852¹⁴ supone ya el triunfo del modelo funcionarial adoptado, por directa influencia francesa, en los Cuerpos especiales. Se trataba con él de separar el Gobierno del funcionariado profesional y de limitar la libertad de los políticos para elegir y ascender a sus empleados pues, aun cuando era dogma admitido que el Gobierno había de contar con empleados de su confianza, esta potestad, advertía el Estatuto, no debía ejercerse «para la particular conveniencia» sino que obligaba a «buscar cuidadosamente las personas más a propósito para el desempeño de cargos públicos». Por ello, concluía su Exposición de Motivos, urgía establecer unas bases uniformes según las cuales habían de verificarse el ingreso y los ascensos en todos los servicios de la Administración activa del Estado. Esto es precisamente lo que pretendió hacer la nueva regulación¹⁵, exigiendo por

¹² En efecto, es clara y manifiesta la oposición de los Diputados de las Cortes de Cádiz a la creación de un funcionariado permanente, pues entendían el libre nombramiento y destitución de los funcionarios como una consecuencia necesaria de la responsabilidad ministerial. Producto de este pensamiento, la Constitución de Cádiz sólo consagrará la inamovilidad para jueces y magistrados mientras que los empleos civiles continuarán considerándose removibles: NIETO, «Concepciones burocráticas y reformas funcionariales», *Estudios históricos sobre Administración Pública y Derecho Administrativo*, Madrid, 1986.

¹³ Ramón PARADA VÁZQUEZ, «Modelos de Función Pública y función pública militar», conferencia pronunciada en febrero de 1994 en la Academia Militar de Zaragoza.

¹⁴ El Estatuto de 1852, a pesar de su denominación, no se aplicaría a los cuerpos especiales pues disponía que «los Consejeros y demás funcionarios de la Administración consultiva, Gobernadores de provincia, empleados de la carrera diplomática fuera de España, magistrados, jueces, fiscales y otros funcionarios del orden judicial que estén en condiciones especiales, el profesorado, los militares, ingenieros civiles y de minas y demás carreras cuyos empleados tengan condiciones especiales por las que se distinguen de la Administración activa, se regirán por sus disposiciones especiales».

¹⁵ No era ésta, desde luego, una preocupación novedosa; un breve examen de las

vez primera y con carácter general para todos los empleados al servicio de la Administración Pública una formación previa inexcusable que variaba según las categorías establecidas y las funciones que cada una tenía asignadas¹⁶, e imponiendo que la selección del personal, es decir, el ingreso en la Administración se realizase por regla general mediante oposición de la que se excusaba a los que contaban con una titulación, sistema que permitía comprobar la preparación de los aspirantes y garantizaba una selección objetiva basada en el criterio del mérito¹⁷. Y lo que es más importante, el exigir unas determinadas condiciones de aptitud para el acceso a la función pública permitía indirectamente garantizar, si no la inamovilidad absoluta, sí, al menos, una cierta estabilidad a los empleados públicos¹⁸.

Por otra parte, la discrecionalidad gubernativa no sólo fue limitada en la selección de los empleados sino en lo relativo a promoción y ascensos. Se diseñó entonces un sistema de «carrera» funcional basados en las categorías personales y un sistema reglado de ascensos¹⁹. Obsérvese que el estatuto funcional

disposiciones de la *Novísima Recopilación* y posteriores a ella permite comprobar cómo la necesidad de establecer ciertos límites o requisitos objetivos para el nombramiento de los oficios públicos era un empeño constante de los monarcas absolutos, «porque hay muchos que con pocas letras y menos entendimiento, y sin las partes que se requieren, los pretenden con mucha importunidad, negociación y favor» [Ley II, Título XXII, lib. III (dada por Felipe II en 1588), por la que se mandaba a la Cámara que pudiese cuidado en la provisión de oficios].

¹⁶ «El no exigir requisitos y condiciones necesarias para la entrada en la carrera de la Administración equivalía a constituir *los destinos en patrimonio del favor y a convertir por otra parte la práctica en cierta rutina*».

¹⁷ Para ser aspirante a oficial —quinta categoría— se requiere, según establece el artículo 13 del Estatuto, «tener título académico o diploma que presuponga estudios y la conveniente preparación o haber obtenido calificación favorable en examen público». Para tener acceso a las plazas de oficial habrá que superar una oposición —art. 19— y para ser admitido a la misma tendrá el interesado que haber sido aprobado de aspirante o haber obtenido el correspondiente título académico.

¹⁸ Como señala Luis Miguel ARROYO («La carrera administrativa de los funcionarios públicos de la Administración del Estado», tesis doctoral, 1992), Bravo Murillo actuó con la conciencia de que la estabilidad funcional no podía lograrse con una declaración expresa de inamovilidad para los empleados de las carreras administrativas, lo que casaba mal con el principio de confianza, profundamente arraigado entre la clase política, que regía en la elección de empleados, pero este objetivo podía alcanzarse en parte a través del mecanismo indirecto de la exigencia de unas condiciones de aptitud, pues una vez exigidas éstas no sería posible nombrar a cualquier candidato para un empleo público, sino que dicho nombramiento debería recaer en persona que cumpliera una serie de condiciones previamente determinadas y a través de los cauces previstos normativamente. Lo cierto es que el Estatuto mantuvo la posibilidad de libre separación de los funcionarios públicos que no tenían derecho a la manifestación de los documentos que hubieran motivado su separación, ni tampoco a pedir formación de causa cuando estas medidas no tuviesen otro carácter que el administrativo (art. 43) (MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, «El nacimiento de nuestra moderna función pública: el Estatuto de Bravo Murillo y la inamovilidad de los funcionarios», *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XXI, 1989, págs. 63 y ss.).

¹⁹ Los empleados públicos estaban clasificados en cinco categorías generales: Jefes Supe-

afectaba a todos los empleados públicos por muy alta que fuera su categoría, de forma tal que incluso los Subsecretarios²⁰ eran funcionarios públicos y como tales quedaban sujetos a los principios de mérito y antigüedad, aunque pocos años más tarde la Ley de 25 de julio de 1864 introduciría con carácter excepcional el sistema de libre provisión entre funcionarios para los cargos de Subsecretario y Jefes superiores de Administración²¹.

No obstante, además de los Cuerpos especiales cuyo régimen funcional venía definido en sus estatutos particulares, quedaban excluidos de la regulación del Estatuto de 1852 los Subalternos, clase que integraban los dependientes que prestaban un servicio material cualquiera que fuera la asignación señalada, entendiendo el servicio material en su sentido más amplio y no sólo en el sentido de labor manual o industrial. Así, pertenecían a la citada categoría los amanuenses, temporeros, conserjes, patronos y marineros, mozos, ordenanzas, conductores, carteros, furrieles, capataces y alcaides de establecimientos penales, etc.²². Éstos no tenían el carácter de empleados públicos a los efectos del Estatuto (art. 1.º) y por lo tanto no gozaban de sueldo de cesantía o

rios, Jefes de Administración, Jefes de Negociado, Oficiales y Aspirantes y el ingreso sólo podía hacerse por una de las dos últimas categorías, mientras que el ascenso a las tres primeras, alejado por completo de entradas laterales, exigía un número mínimo de años de servicio en la categoría inmediatamente anterior. Los ascensos de categoría personal se otorgaban según los principios de antigüedad y de mérito. Los empleos de la primera y segunda categoría se concedían siempre por elección en base al criterio del mérito, pues «por conveniente que sea en general acreditar por tiempo la suficiencia sería indispensable estorbar al genio los medios de abrirse paso y colocarse donde su inclinación le lleve y la pública utilidad lo reclama», mientras que los empleos de la tercera y cuarta categoría se concedían en sus dos terceras partes por el sistema de elección y una tercera parte se reservaba a la antigüedad, a fin de premiar y garantizar la carrera de los empleados que contando con escasos méritos hubieran demostrado su fidelidad a la Administración.

²⁰ La figura del Subsecretario fue creada por el Real Decreto de 17 de junio de 1834 con atribuciones bastante reducidas. Así, se le encomendaba la firma, por orden del Ministro, de todas las comunicaciones preparatorias de la instrucción de expedientes y la notificación a los interesados de las resoluciones definitivas. Con el paso del tiempo evolucionó hasta llegar a convertirse en la segunda figura política del Ministerio (Ramón PARADA, *Organización y empleo público*, cit. pág. 94).

²¹ Esta distinción entre la clase política reducida a su mínima expresión de Ministros y Gobernadores de Provincia, y burocracia profesional es, como señala PARADA, uno de los pilares básicos del corporativismo de servicio basado en el equilibrio entre el poder político, último responsable del funcionamiento de los servicios públicos, y un funcionariado profesional y políticamente neutro que necesita verse amparado frente a los posibles premios y castigos de los responsables políticos; «la burocracia profesional, dice este autor, es una transacción inteligente de reparto de poder entre burocracia política y la burocracia profesional, transacción que impone la propia supervivencia del sistema democrático». Por ello y a pesar de los iniciales reparos liberales a la aceptación de una burocracia permanente, la justificación del corporativismo de servicio y con él de la estabilidad en el empleo se impondría con el tiempo, como la otra cara de la moneda o de otra índole.

²² RR.OO. de 1 y 18 de octubre de 1852.

jubilación, ni a pensión del montepío sus familias, ni sus sueldos quedaban sujetos a escala determinada, ni tenían reconocida una carrera administrativa, etc.

Esta exclusión ha intentado explicarse por la naturaleza de las funciones que dichos empleados tenían encomendadas pues, como señala ALONSO OLEA²³, el funcionariado estaba integrado por trabajadores intelectuales, de ahí que los trabajadores manuales al servicio de la Administración fueran excluidos del estatuto funcional; no en vano, recuerda este autor, el Derecho del trabajo nació ligado a la protección de los trabajadores industriales y manuales, hacia el obrero, con independencia de la naturaleza pública o privada del empresario. No obstante, esta distinción de funciones no siempre era determinante como demuestra la existencia de Cuerpos especiales (peones camineros) que tenían atribuidas funciones manuales sin que por ello se vieran privados de su estatuto funcional, y que la aplicación del Derecho privado se ciñó a la actividad empresarial del Estado, es decir, a aquellos trabajadores que trabajaban para la Administración en la producción de bienes, esto es, en su actividad netamente empresarial o industrial²⁴.

La Ley de 22 de julio de 1918, de Bases de Funcionarios de la Administración Civil del Estado²⁵, que supone un avance

²³ «Los límites de la aplicación del Derecho del trabajo a las Administraciones Públicas», en el *Libro homenaje a Villar Palasí*, Madrid, págs. 49 a 61.

²⁴ Ello se aprecia especialmente en la Administración militar en la que se repiten las disposiciones que regulan la contratación y estatuto de los obreros en las fábricas militares; así, la Real Orden de 23 de mayo de 1878 que autorizaba la contratación de jornaleros paisanos para llevar a cabo las operaciones apremiantes de la agricultura, la Real Orden de 22 de noviembre de 1890 aprobando el reglamento para el servicio de los obreros de los talleres del Establecimiento central del Cuerpo de Ingenieros; la Real Orden de 28 de diciembre de 1891 que aprueba el reglamento de aprendices de la Fábrica de Armas de Oviedo, etc. Por otra parte, las primeras normas laborales que se aplican al personal de la Administración afectan exclusivamente a los trabajadores de las fábricas, talleres etc.; así, la Ley de accidentes de trabajo de 3 de enero de 1900, establecía que sus preceptos obligaban al Estado en sus «arsenales, fábricas de armas, de pólvora y los establecimientos o industrias que sostenga»; la Real Orden de 11 de marzo de 1902 regulaba la jornada máxima de trabajo en los establecimientos de la Hacienda Pública y afectaba a los «obreros en las propiedades, minas, fábricas y demás establecimientos del Estado dependientes de este Ministerio» (estas disposiciones laborales se han tomado de GODINO REYES, *La relación laboral individual en la Administración Pública*, Alcalá de Henares, 1995, págs. 70 y 71).

²⁵ El Estatuto de 1852 estuvo en vigor, con ciertas interrupciones y con bastantes modificaciones, durante más de medio siglo, hasta la Ley de 1918, aunque en la práctica apenas fue aplicado. Las sucesivas modificaciones se produjeron por lo general a través de leyes de Presupuestos normalmente mediatizadas por la necesidad de reducir el gasto público; de ahí que la segunda mitad del siglo XIX venga caracterizada por el sucesivo reconocimiento y desconocimiento de la inamovilidad de los funcionarios que no se consagrará hasta la Ley de 1918. Para este periodo histórico, véase MARTÍNEZ DE PISÓN, «La inamovilidad de los funcionarios en medio siglo de producción normativa: Régimen general de los funcionarios entre 1852 y 1900», *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, 1989-90, págs. 79 y ss.

definitivo en el reconocimiento de la inamovilidad de los funcionarios públicos²⁶, no cambiará la anterior situación, al menos en el aspecto referido. Así, no se preveía en ella más relación de servicio que la puramente funcionarial, aunque los Subsecretarios habían quedado excluidos de sus preceptos; este cargo no tenía ya estatuto funcionarial y podía ser cubierto por cualquier persona de la confianza del poder político.

El Reglamento de 7 de septiembre de 1918 de Cuerpos generales²⁷, dictado para desarrollar las previsiones de la Ley de Bases de Funcionarios del Estado de 1918, funcionarizó al personal subalterno de la Administración Civil del Estado, formado por los porteros, ordenanzas, mozos de oficinas y similares que existían en los centros y dependencias de la Administración civil que se escalafonarían, al igual que ocurría con las escalas técnicas y auxiliar de los distintos departamentos determinándose el ingreso en las plazas de menor sueldo y el ascenso por rigurosa antigüedad. De acuerdo con la habilitación que contenía la Ley de Bases para que cada Ministerio ordenara la carrera de estos empleados, el Reglamento declaraba vigentes las reglas sobre provisión de vacantes aprobadas por los distintos Ministerios. Además, el Reglamento estableció la aplicación, dentro de lo posible, de sus determinaciones en lo relativo a posesiones, ceses,

²⁶ Como señala MARTÍNEZ DE PISÓN («El derecho al cargo de los funcionarios públicos en el Estatuto de 1918», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 1990-91, págs. 90 y ss.), más que reconocer la inamovilidad absoluta de todos los funcionarios, el Estatuto de 1918 supuso un gran avance en el proceso de consolidación de la estabilidad de los empleados, avance que no tanto se debió a la letra de la ley bajo la que era perfectamente posible realizar depuraciones en masa sino en atención a que ningún gobierno estaría dispuesto a asumir el coste político que una acción de este tipo conllevaría. Así, el Estatuto regula tres tipos de cesantías diferentes; la cesantía automática se caracteriza por adoptarse de plano una vez verificado el acaecimiento de alguno de los supuestos de hecho tasados que habilitan para una medida de esta índole (falta de toma de posesión, ausencia del término municipal sin licencia; falta de solicitud del reingreso al servicio activo del excedente) y sus efectos son los de cese en el servicio activo con la consiguiente pérdida de haberes pero con derecho a seguir figurando en el escalafón y al reingreso al servicio activo por el turno de cesantes. Pese a su similitud con la cesantía sanción el reglamento la excluye del régimen disciplinario para no darle este carácter y evitar así el procedimiento con audiencia de parte previsto para las sanciones. En efecto, la cesantía sanción con ocasión de la comisión de faltas muy graves, dice el Estatuto que sólo procederá en virtud de expediente gubernativo, previa audiencia del interesado, por faltas muy graves de moralidad, desobediencia o reiterada negligencia en el cumplimiento de los deberes del cargo; este tipo de resoluciones podrán ser objeto de recurso contencioso-administrativo. Por último, se mantiene en la Ley de 1918 la cesantía por conveniencia del servicio que implica el mantenimiento del principio de libre separación sujeta a determinados requisitos formales (notificación al interesado, indicación de la causa en que se basa la propuesta y trámite de audiencia) y se abre la posibilidad del recurso contencioso-administrativo por razones de forma, no así por el fondo pues se trata de un acto discrecional.

²⁷ No hay que olvidar que, a pesar de su pretensión de constituir un régimen general, en la práctica, dada la proliferación de Cuerpos especiales que quedaban excluidos del mismo, el Estatuto de 1918 sólo resultó aplicable a un número mínimo de funcionarios.

permutas, licencias o retenciones. Que el estatuto funcional les fuera de aplicación con ciertas singularidades, planteaba la cuestión de si este personal constituía una categoría o escala funcional o si, por el contrario, no era funcionario, aplicándosele el Estatuto sólo por analogía²⁸. En todo caso y fuera cual fuese la calificación exacta de esta relación, lo cierto es que el Real Decreto de 2 de octubre de 1922 integró al personal subalterno en un Cuerpo general que pasó a denominarse por el Real Decreto-Ley de 5 de mayo de 1924, Cuerpo de Porteros de los Ministerios civiles.

2. LA ADMISIÓN DE CONTRATOS LABORALES PARA FUNCIONES MANUALES O PROPIAS DE OFICIOS

Si hasta mediados de este siglo las normas reguladoras del empleo público no contemplaban en la Administración más personal que el sometido al estatuto funcional²⁹, lo cierto es que la Ley de Régimen Local de 1955³⁰ admitía ya la fórmula de la contratación laboral aunque reducida exclusivamente a la prestación de servicios manuales similares a los de oficios, artes o industrias comprendidos en la legislación de trabajo.

Después, con la Ley de Funcionarios del Estado de 1964³¹ quedó definitivamente rota la unidad de régimen jurídico del personal de la Administración que veníamos refiriendo al admitirse una pluralidad de relaciones de servicio. Al lado de los funcionarios de carrera a quienes la citada ley definía como «*los que en virtud de nombramiento legal desempeñan servicios de carácter permanente, figuran en las correspondientes plantillas y reciben sueldos o asignaciones fijas con cargo a las consignaciones de personal de los Presupuestos Generales*» (art. 4) y de los funcionarios eventuales, es decir, aquellos que «*desempeñan pue-*

²⁸ Luis Miguel ARROYO (ob. cit., pág. 422) se pronuncia en favor de considerar que ni la ley ni el reglamento consideraban funcionarios a este personal al que sólo aplicaban por extensión algunas previsiones del Estatuto funcional.

²⁹ Distinto era, desde luego, el régimen del personal de las empresas públicas que desde la década de los cuarenta comenzaban a generalizarse en nuestro país con la creación del Instituto Nacional de Industria; estas sociedades públicas o Empresas nacionales, como las denominó la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958, creadas para la realización directa de actividades industriales, mercantiles, de transporte y otras análogas de naturaleza y finalidades propiamente económicas, eran entidades de Derecho privado, es decir, tenían forma societaria y quedaban sometidas en su actuación al Derecho privado, por lo que también su personal, según categorías, estaba sujeto al Derecho laboral o mercantil.

³⁰ Artículos 353 y 354 del Texto refundido de Régimen Local aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955.

³¹ Texto articulado aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero.

tos de trabajo considerados como de confianza o asesoramiento especial no reservados a funcionarios públicos» (art. 5.1)³², quedaban todavía los «contratados» en régimen de Derecho administrativo y de Derecho laboral. Mientras los contratos administrativos tenían carácter puramente excepcional³³, la regulación de los contratos laborales era mucho menos restrictiva. Son trabajadores al servicio de la Administración, decía el artículo 7 de la Ley de Funcionarios de 1964, los contratados por ésta con dicho carácter, de acuerdo con la legislación laboral que les será plenamente aplicable y, a continuación, remitía al reglamento la autorización de este tipo de contratos. Sin embargo, la reserva de puestos de trabajo para cada cuerpo de funcionarios limitaba estrechamente el ámbito de la contratación laboral a aquellas funciones para las que no existían cuerpos de funcionarios apropiados³⁴, es decir, para las funciones manuales o propias de oficios no atribuidas al Cuerpo de Subalternos que tenía encomendadas las labores de vigilancia, custodia, porteo y otras análogas. Por añadidura, los puestos directivos estaban reservados a los funcionarios, por lo que quedaban excluidos a este nivel los contratos laborales.

Como se ve, el ámbito de aplicación del Derecho laboral era en 1964 muy limitado en el sector público³⁵. Sin embargo, lo

³² Los funcionarios eventuales eran nombrados y separados libremente por los Ministros o por delegación por los Subsecretarios dentro de los créditos autorizados para tal fin y les era de aplicación por analogía lo dispuesto para los funcionarios de carrera con excepción del derecho a la permanencia en la función, los niveles de remuneración determinados y el régimen de clases pasivas (art. 105 de la Ley de Funcionarios de 1964). Esta regulación fue completada por el Real Decreto-Ley 22/1977, de 30 de marzo, de retribuciones de los funcionarios civiles del Estado, que imponía una serie de límites que afectaban no sólo a su retribución que no podía exceder de la correspondiente al nivel de titulación que resultase adecuado para el ejercicio de la función y se fijaría según la naturaleza del puesto, sino a su número (hasta un máximo de cinco asesores podían nombrar los Vicepresidentes y Ministros), y por último a la permanencia en la función, pues éstos, decía el Real Decreto-Ley, cesarían cuando lo hiciese la autoridad que efectuó el nombramiento (art. 7).

³³ Sólo se permitían en dos únicos supuestos: la realización de trabajos específicos de carácter extraordinario o de urgencia y la colaboración temporal en atención al volumen de la gestión encomendada cuando por exigencias y circunstancias especiales de la función no pudieran atenderse por funcionarios de carrera.

³⁴ Por mandato expreso de la Ley (art. 53) los puestos de carácter predominantemente burocrático habían de ser desempeñados por funcionarios de los Cuerpos Técnicos de Administración civil, administrativo y auxiliar. Los funcionarios de cuerpos especiales ocuparían los puestos de trabajo propios de su especialidad. Los puestos de mayor responsabilidad habrían de ser desempeñados por funcionarios con diploma de directivos. Y los funcionarios del Cuerpo de Subalternos se ocuparían de tareas de vigilancia, custodia, porteo u otras análogas (art. 23.6).

³⁵ Los funcionarios de los Organismos Autónomos estaban expresamente excluidos de la Ley de funcionarios de 1964 que se remitía a lo establecido en la Ley de Entidades Estatales Autónomas. La citada disposición sólo contenía unas prescripciones básicas en materia de personal cuyo desarrollo remitía a su vez a la potestad reglamentaria del Gobierno. Entre ellas se contenía la enumeración de las categorías de personal al servicio de los Organismos

que en origen fue un ámbito limitado y condicionado se desbordó al romperse la ecuación ente público-régimen jurídico público, lo que permitió la aplicación del Derecho privado a las Administraciones Públicas instrumentales.

3. EL RÉGIMEN DE EMPLEO PÚBLICO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978 Y LA GARANTÍA DEL RÉGIMEN FUNCIONARIAL PARA EL EMPLEO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Aunque de forma ciertamente restringida y condicionada, la admisión en la Ley de 1964 de la contratación laboral inició un proceso de laboralización de la Administración que ya no tendría marcha atrás. Este fenómeno se vio favorecido por el debilitamiento político del Estado que cedió ante el carácter protector y expansivo del Derecho laboral y de la Jurisdicción Social que contrastaba fuertemente con un Derecho funcionarial que, aunque desvirtuado, todavía parecía más inclinado a favorecer el interés público en detrimento incluso de los intereses y derechos de sus empleados, sobre todo cuando muchos de ellos se encontraban en una situación de interinidad en la que prácticamente carecían de derechos, lo que equivalía a la más absoluta precariedad ³⁶.

Pues bien, dado que legal y prácticamente la contratación laboral había comenzado a convivir con el Derecho funcionarial en el seno de la Administración Pública, lo lógico hubiera sido que la Constitución hubiera realizado alguna referencia al régimen laboral, así como a los límites entre ambos como, por cierto, había hecho la Ley Fundamental de Bonn, que además de consagrar el régimen tradicional funcionarial admite la posibilidad de otro personal unido a la Administración por vínculos diversos del propiamente funcionarial. Pero la Constitución española de

Autónomos: los cargos directivos de libre nombramiento del Gobierno o del Ministro competente que, en todo caso, están unidos al Organismo Autónomo por una relación jurídico-administrativa y cuyos derechos y deberes serán los establecidos en las normas generales aplicables a los Organismos Autónomos y las peculiares de cada uno de éstos; los funcionarios públicos del Estado que presten servicio en los Organismos Autónomos o de los propios Organismos Autónomos y, por último, los *obreros* que se regirán por el Derecho laboral.

Quedaba clara, pues, la admisión de la contratación laboral en el seno de los Organismos Autónomos sin que la ley estableciese límite alguno a la misma. Curiosamente, tampoco fue más explícito en este punto el Estatuto de Personal al Servicio de los Organismos Autónomos, aprobado por el Decreto 2043/1971, de 23 de julio, que se limitaba a repetir la previsión legal sin incluir ninguna regulación sustantiva de este tipo de personal que quedaba remitido al Estatuto singular de cada Organismo Autónomo.

³⁶ Véase a este respecto OJEDA AVILÉS, «El empleo temporal en las Administraciones públicas (Una aproximación unitaria)», *REDA*, núm. 56, pág. 485.

1978 ni hace referencia a la contratación laboral en el seno de las Administraciones ni fija límite alguno al Derecho funcionarial al que, sin embargo, sí se refiere expresamente³⁷, apartándose con ello de las anteriores Constituciones, que se habían limitado a repudiar indirectamente el sistema liberal de empleo público al consagrar el principio de mérito y capacidad³⁸.

Sin embargo, estos preceptos han sido interpretados por la doctrina de forma diversa. Por una parte, están quienes han mantenido la inconstitucionalidad de cualquier relación de servicio en el ámbito de la Administración que no sea la funcionarial. Como señala PARADA, no sólo es determinante en este sentido el tenor literal de la Constitución, sino que entrarían en juego otros principios constitucionales como el de igualdad o no discriminación del artículo 14 de la CE, que se vería vulnerado por la existencia de dos colectivos diferenciados, sobre todo cuando uno de ellos cuenta con un régimen claramente privilegiado sobre el otro; el de jerarquía, consagrado en el artículo 103.1 CE, que se asegura a través de la ordenación en grados de los funcionarios y de la potestad disciplinaria; y, por último, el principio de eficacia, mejor garantizado con un régimen de Derecho administrativo creado e interpretado, lo mismo que la Jurisdicción contencioso-administrativa, para asegurar el interés del servicio por encima de los particulares de los trabajadores. cuya defensa se subordina en todo caso a los intereses superiores de la organización³⁹. Por si estas razones no fueran suficientes, habría que añadir a esta interpretación la que postula la existencia de una reserva de Derecho administrativo en la Constitución que impediría la aplicación indiscriminada del Derecho privado al personal de las Administraciones Públicas, tal y como hemos expuesto en otro lugar⁴⁰.

³⁷ La ley regulará, dice su artículo 103.3, 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 a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones. Esta referencia se completa con la atribución al Estado de la competencia exclusiva para establecer las bases del régimen estatutario de sus funcionarios que garanticen a los administrados un tratamiento común ante las Administraciones Públicas (art. 149.1.18).

³⁸ El principio de mérito y capacidad consagrado en el artículo 5.º de la Constitución de 1837 fue incorporado en las Constituciones posteriores de 1869 (art. 27), 1876 (art. 15) y 1931 (art. 40).

³⁹ Ramón PARADA, *Derecho Administrativo. Organización y empleo público*, Madrid, 1986, pág. 291. En este mismo sentido Diego CÁMARA, «La función pública ante el Tribunal Constitucional: una oportunidad perdida», *REDA*, núm. 57, 1988, pág. 111.

⁴⁰ Véase al respecto Silvia DEL SAZ, «La crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional», en el libro *Nuevas perspectivas de Derecho Administrativo. Tres Estudios*, Madrid, 1992, y «La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas», *RAP*, núm. 133, págs. 57 y ss.

De otro, existen autores que sostienen la constitucionalidad de la contratación laboral en el seno de la Administración Pública sin ningún tipo de límites. Según SALA, lo único que postula la Constitución es una reserva de ley estatal para regular las bases del estatuto de los funcionarios y que el acceso a la función pública haya de realizarse de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, pero en ningún momento establece la exclusividad del régimen funcional o estatutario y ni siquiera el carácter preferente del mismo. La normativa constitucional resulta en su opinión totalmente neutra en este punto y ni siquiera define por aproximación lo que debe entenderse por función pública, siendo su concreción función del Parlamento a través de una ley ordinaria ⁴¹. Esta última postura plantea, sin embargo, un grave inconveniente desde el punto de vista constitucional pues, de apurarse hasta sus últimas consecuencias, podría llevar a la supresión total y absoluta de la relación funcional y a su sustitución por una relación laboral más o menos modulada por la especialidad del empresario, y todo ello por una simple decisión del legislador ordinario.

Otro grupo de autores se decantan en favor de tesis más moderadas admitiendo, sí, los contratos laborales pero no de forma indiscriminada ⁴². Para ellos, si la voluntad constitucional es que la Administración esté servida con carácter general por funcionarios

⁴¹ Tomás SALA FRANCO, *Incidencia de la legislación laboral en el marco de la función pública*, MAP, 1989, págs. 16 y 17. A pesar de esta afirmación, ningún argumento, a excepción de la literalidad de la Constitución, esgrime este autor para justificar su afirmación, que coincide con la interpretación que de la Constitución ha hecho la legislación ordinaria, ¡como si el legislador fuera infalible en su interpretación de la Constitución! Por otra parte, señala, el camino por el que parece discurrir la práctica con la aproximación de los dos regímenes jurídicos (laboralizando el régimen funcional y funcionalizando el laboral), indica la innecesidad de mantener la categoría funcional. Pero si hay algo claro e irrefutable en la Constitución es, en mi opinión, que el estatuto funcional es distinto y nunca podrá ser equiparado al estatuto laboral al que la norma fundamental otorga un tratamiento distinto y diferenciado; por ello, el que la realidad discurra hacia la unificación del régimen de ambos colectivos podrá estar dándose en la práctica pero resulta inconstitucional.

En este sentido se ha pronunciado también PRATS I CATALÀ (*Primeros informes sobre criterios de reordenación de la Función Pública*, Comunidad de Madrid, 1985-1986), quien afirma que no hay base constitucional que permita decir que el régimen funcional debe cubrir todo el empleo público sin más flecos que algunos supuestos marginales y sin más excepción que las empresas públicas. La presunción de la naturaleza laboral del empleo público o privado del artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores sólo puede romperse por ley formal y es, pues, al legislador a quien corresponde elegir entre una u otra modalidad.

⁴² En esta línea se manifiestan GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, 2.ª ed., Madrid, 1985, pág. 1439; LÓPEZ GANDÍA, «Las relaciones colectivas en el empleo público y la Constitución», *Revista de Derecho Público*, núm. 83, págs. 417 y ss.; ENTRENA CUESTA, *El régimen estatutario de los funcionarios públicos como postulado constitucional*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 2607; GONZÁLEZ-HABA GUIADO, «Los problemas del personal no funcionario», *REALA*, núm. 225, págs. 123 y ss.; PÉREZ MARTÍNEZ, «El personal laboral al servicio de la Administración y la laboralización de la función pública», *REALA*, núm. 234, págs. 255 y ss.

públicos sujetos a un régimen estatutario y de ahí la referencia del artículo 103.3 de la CE, los contratos laborales sólo pueden ser una excepción a esta regla; tesis que, como más tarde veremos, ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 99/1987. Esta interpretación, en nuestra opinión, no encaja fácilmente en la redacción de la norma fundamental pues si se niega relevancia al silencio de la Constitución sobre las relaciones de servicio no funcionariales, es decir, si se entiende que caben contratos laborales en el seno de la Administración a pesar de que la Constitución ni lo menciona y todo con base en el artículo 35 de la norma fundamental, ¿por qué atribuir a la contratación laboral carácter excepcional?, ¿por qué no admitir que el legislador pueda, por criterios de conveniencia política, decidir hasta dónde extender el régimen laboral en detrimento del funcional? Por el contrario, si se entiende que la referencia al régimen funcional de los servidores públicos significa que la función pública debe estar servida por funcionarios, ¿en qué precepto fundamentar la constitucionalidad de la contratación laboral? En todo caso, el punto débil de esta tesis consiste en que no construye un criterio con que fijar los límites de la contratación laboral, o, dicho de otra forma, que deja en la más completa indeterminación qué funciones de la Administración Pública deben estar reservadas a funcionarios y cuáles, por el contrario, pueden encomendarse a empleados unidos a ella por vínculos distintos del funcional, lo que conduce a la cuestión aún más compleja de distinguir las funciones públicas de aquellas que no lo son.

Una primera respuesta consistiría en separar las distintas actividades que lleva a cabo la Administración y admitir la contratación laboral por sectores de actividad (servicios sociales, actividad económica o empresarial similar a la privada, etc.), reservando a los funcionarios aquellos otros, como la policía, la justicia, los impuestos o el ejército, que tradicionalmente han pertenecido a la Administración y que suponen el ejercicio de soberanía. Esta interpretación que tendría, sin lugar a dudas, la ventaja de evitar la existencia en un mismo ámbito o área de la actividad administrativa de un personal sujeto a distintos regímenes jurídicos no ha sido tomada en cuenta ni por la legislación ni por la doctrina mayoritaria que, por el contrario, distingue dentro de una misma actividad administrativa las funciones que deben ser desempeñadas por funcionarios de las que deben ser atribuidas a trabajadores ⁴³.

⁴³ En este sentido el problema se ha planteado en Alemania, a pesar de la reserva constitucional, a los funcionarios de aquellas funciones que suponen el ejercicio de autoridad,

Dentro de esa línea de confusión en un mismo organismo de personal laboral y funcionarial, y frente a las posturas aparentemente más moderadas de LÓPEZ GANDÍA y ENTRENA que limitan la relación laboral a aquellos supuestos de trabajos técnicos muy especializados o manuales, ALONSO OLEA y ORTEGA⁴⁴, entre otros, postulan una laboralización casi universal de la función pública, una reducción de la relación funcionarial a aquellos puestos en los que se ejercen las funciones que en cada momento histórico son propias y exclusivas de la Administración, las que sólo ella puede tener atribuidas, como las relaciones jurídicas *ad extra*, por lo que el acto administrativo sería lo característico del modo de actuación del funcionario, el reflejo operativo de la naturaleza de su función.

Sin embargo, estas propuestas de distribución de funciones entre funcionarios y laborales no dejan de tener graves inconvenientes. Así, el admitir la aplicación del Derecho laboral para aquellos puestos cuyas funciones exigen una alta especialización conduciría a la supresión de los Cuerpos especiales y facultativos de funcionarios cuyas funciones tienen un alto grado de especialización y a la reducción del régimen funcionarial a los Cuerpos generales. Por otra parte, el pretender limitar el régimen funcionarial a aquellos puestos que conllevan el ejercicio de prerrogativas del poder público, además de conducir a un clasismo y aristocratismo funcionarial, podría desembocar en la extinción de la especie de los funcionarios puesto que cada día más se sitúa en el nivel político la toma de decisiones. Por último, estas tesis arrastran el inconveniente de pretender separar algo inescindible como las funciones públicas *stricto sensu* y otras funciones instrumentales pero indispensables para el ejercicio de las anteriores. En otras palabras, si se admite que debe ser funcionario quien dicte el acto administrativo por el que se sanciona a un determinado individuo, ¿cómo no admitir que debe ser también funcionario quien instruya el expediente, quien inspeccione al particular, quien tenga acceso a la información confidencial que

pues el artículo 33.4 se ha interpretado en el sentido de que las funciones tradicionales del poder público, es decir, la justicia, la policía, el ejército deben estar encomendadas a funcionarios. Pero si este criterio es claro para estas actividades no lo es ni mucho menos para las restantes en las que esta distinción se ha desvanecido en la práctica y mientras que en los niveles más altos de la jerarquía los puestos están dominados por los funcionarios, en los puestos medios el reparto entre funcionarios y contratados se hace sin un criterio determinado por la naturaleza de la función. La diferencia entre contratados y funcionarios no es ya una cuestión de función sino de estatuto jurídico (PIEROTH, *Coloquio sobre los contractuales y la eficacia de los servicios públicos*, de 27 de abril de 1989, transcrito en CABANEL y GOURDON, *Les contractuels*, París, 1991, p. 97).

⁴⁴ «Reflexiones en tomo a una revisión de los planteamientos generales de la relación de empleo público», *REDA*, núm. 26 (1980), pág. 427.

en él se maneja, quien practique la notificación etc.? ¿Es que acaso el encargado de llevar un registro en cualquier dependencia administrativa, o los que tienen encomendado mantener el orden, o simplemente el que introduce información fiscal en el ordenador de Hacienda, no están ejerciendo una función tan pública y relevante en la toma de decisiones como la que realiza el órgano que dicta actos administrativos? ¿No son acaso todas estas tareas verdaderas funciones públicas en sí mismas aunque no lleven aparejada la potestad de dictar actos administrativos?⁴⁵.

Por otra parte, la legislación no siempre asocia, como veremos después, al funcionario con el ejercicio de funciones públicas, pues tanto la Ley 23/1988, de Reforma de la Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública, como otras leyes autonómicas de función pública engloban a funcionarios y laborales como personal de la Administración Pública, les sujetan a las mismas limitaciones e incluso, en ocasiones, dan por supuesto el ejercicio de funciones públicas por ambos tipos de personal.

4. LA ADMISIÓN GENERALIZADA DEL VÍNCULO LABORAL EN LA LEY DE MEDIDAS DE REFORMA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA DE 1984

De entre todas las posibles interpretaciones de la Constitución la Ley 30/1984, de Medidas de Reforma de la Función Pública, optó por la más radical, por la admisión de un régimen laboral paralelo al funcionarial, de manera que cualquier función propia de un cuerpo de funcionarios podía ser también desempeñada por contratados laborales. Ni una mínima justificación mereció esta grave determinación en la Exposición de Motivos de la Ley que, sin embargo, propiciaba de forma espectacular la contratación laboral en el seno de la Administración Pública, mediante la doble vía de remitir al Gobierno la determinación de los puestos de trabajo que habían de ser desempeñados por funcionarios y laborales y prohibir la contratación administrativa.

⁴⁵ En honor a la verdad, lo cierto es que esta última postura parece estar imponiéndose con el impulso del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que, a la hora de determinar los empleos públicos que cada Estado puede reservar a sus nacionales, ha tomado el criterio del ejercicio de soberanía o la utilización de prerrogativas exorbitantes. En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo Constitucional francés (decisión núm. 87-240 dc, de 19 de enero de 1988), que entendió ajustada a la Constitución la encomienda a agentes no sujetos al Derecho público de la inspección e investigación de los sujetos del mercado bursátil (art. 13 de la Ley de Bolsas de Valores), siempre que esta facultad no fuera acompañada de coacción material, ni de la posibilidad de practicar cualquier pesquisa o embargo.

En efecto, la Ley de Reforma de la Función Pública no contenía límite sustantivo alguno a la contratación laboral; cualquier puesto podía ser, en principio, desempeñado indistintamente por funcionarios o laborales pues remitía al Gobierno la determinación, a través de las relaciones de puestos de trabajo, de aquellos que «en atención a la naturaleza de su contenido» habían de reservarse a funcionarios. Pero ¿qué debía entenderse por «naturaleza»? Lo cierto es que tan ambigua redacción no sólo vulneraba la reserva de ley consagrada en el artículo 103.3 CE para la regulación del estatuto de los funcionarios, sino infringía la garantía institucional del régimen funcional que por este medio podía ser primero conducido a la excepción y posteriormente suprimido. Y aunque no de forma tan drástica esto fue lo que ocurrió en la práctica; la Ley permitió con su indefinición, y el Gobierno propició, la generalización indiscriminada de la contratación laboral que convivía de tú a tú con el régimen funcional en puestos de trabajo de idénticas características, lo que, dicho sea de paso, convenía al poder político deseoso de ganarse la gratitud de, al menos, una parte de los empleados públicos ⁴⁶.

Especial importancia en esta generalización de la contratación laboral jugó la prohibición de los contratos administrativos contenida en la Disposición adicional cuarta. Según ésta no podrán celebrarse por las Administraciones Públicas contratos de colaboración temporal en régimen de Derecho administrativo. Excepto en las Universidades, a las que exceptúa sin razón aparente

⁴⁶ Este fenómeno es consustancial a los sistemas, como el modelo de función pública cerrada, en los que pretende garantizarse la objetividad y neutralidad de los empleados públicos a costa de reducir la discrecionalidad de la clase política. En 1932, FÁBREGAS DEL PILAR, *Políticos y funcionarios*, se refería a esta cuestión con términos harto elocuentes que creo merece la pena, a pesar de su extensión, recoger aquí: «los políticos, —dice este autor— no sienten ya ningún vínculo de unión con sus funcionarios o, si los sienten, notan que están notoriamente aflojados, y que en ocasiones, al menos, tienen más aspecto y hasta realidad de enojosa traba que de comunidad de intereses y colaboración, recíprocamente agradecida. La explicación del hecho es natural. Los políticos no disponen ya al menos con la facilidad y largueza con que antes dispusieron de credenciales de nombramiento, destino y ascenso, pueden hacer muy poco en favor o en contra de los funcionarios y ven que constantemente se merman los motivos y las ocasiones en que éstos puedan esperar o temer algo de su acción, se sienten separados de los problemas netamente administrativos y en ocasiones presumen con justicia, o recelan con suspicacia, la existencia contra ellos de un ambiente de hostilidad, genérico o específico que tiene sus principales focos en las oficinas públicas. Los políticos y los funcionarios suelen estar en la actualidad muy lejos de entenderse y muy propicios a que en ellos aniden antipatías, con lo que, claro está, el que sale perdiendo es el interés público. Para remediar las consecuencias de la falta de devoción de la burocracia hacia la Política y de la independencia que en relación con ella se colocan los funcionarios, es frecuente que se duplique la burocracia, y que al lado de esa burocracia hostil, hurafña, o simplemente indiferente, que no le debe favores y de quien tampoco puede esperarlos, tienda a crear otra burocracia adicta, con la que sea fácil la relación que haga posibles las efectivas colaboraciones».

del régimen general⁴⁷, cualquier relación de servicio que no sea la funcional ha de canalizarse por el Derecho privado y ello a pesar de que el contrato administrativo no sólo sirve mejor al interés público sino que introduce una cierta flexibilización en la gestión al permitir hacer frente a las necesidades de personal eventual o temporal con mayores ventajas incluso que el régimen laboral. Ésta es justamente la solución del Derecho francés. En él han proliferado los contratos administrativos como una alternativa al empleo de contratos laborales precisamente porque su régimen, menos tuitivo con el trabajador, resulta más favorable al interés público. Los contratos administrativos se han generalizado en sectores como la economía, medio ambiente, enseñanza, comunicación, urbanismo, turismo, sanidad y servicios técnicos y comerciales de la Defensa, en los que hacen falta especialistas con experiencia que no pueden ser seleccionados por los medios habituales pues el perfil del funcionario es el del especialista joven y sin experiencia que la propia Administración se encargará de formar. Pero también se ha utilizado la figura del contrato administrativo para la creación de nuevos servicios; así es como el personal del Ministerio de Medio Ambiente, los servicios de turismo o las mismas regiones está constituido en una gran proporción por contratados que también sirven para cubrir las necesidades temporales de la Administración. El éxito de esta figura radica en gran medida, como señalan CABANEL y GOURDON⁴⁸, en las facilidades que reporta a las Administraciones: salarios menos protegidos, retiros más baratos, posibilidad de rescindir los contratos sin indemnización o de no proceder a su renovación cuando el interés público así lo exija, pues aunque el Consejo de Estado ha afirmado que los derechos que la legislación laboral reconoce a los trabajadores son aplicables en términos generales a los contratados sea cual sea la naturaleza del vínculo que les une a la Administración, este reconocimiento tiene dos límites claves que son que una disposición legislativa no los haya excluido expresamente y que el reconocimiento de

⁴⁷ El artículo 1.2 de la Ley prevé un régimen especial para el personal docente e investigador al que sirve de base a la disposición adicional vigésima que ordena que los contratos docentes universitarios de profesores asociados, visitantes y ayudantes previstos en la LRU, y el de profesor emérito que se crea por la propia Ley de Medidas, tengan naturaleza administrativa y se rijan por lo dispuesto en la LRU, las normas de Derecho administrativo que les resulten de aplicación y los Estatutos de las Universidades. Se me escapan las razones jurídicas, no así las políticas, que fundamentan esta disposición, pues si bien es verdad que la especialidad de la función docente universitaria exige un tratamiento peculiar del personal que la tiene a su cargo, ninguna razón objetiva hay que justifique la admisión de los contratos administrativos en este sector cuando se prohíben con carácter general en el resto de la función pública.

⁴⁸ Jean CABANEL y Jean-Loup GOURDON, *Les contractuels*, ob. cit., pág. 18.

esos derechos no vaya contra las necesidades del servicio público (*arrêt* Peynet 1973). Ésa es la razón por la que, a pesar de las críticas de la doctrina partidaria de dotar de una mayor protección a los empleados públicos⁴⁹ (lo que, por cierto, choca ahora frontalmente con la crisis del Derecho laboral en el que se va directamente a la precariedad del empleo y a una creciente desprotección), los *contractuels* o contratados administrativos sean hoy y en el futuro próximo una figura de creciente utilización.

5. LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. LA LIMITACIÓN DE LA CONTRATACIÓN LABORAL EN LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, SUS ORGANISMOS AUTÓNOMOS Y LAS ENTIDADES GESTORAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Todas las cuestiones hasta aquí enunciadas podían y debían haber sido abordadas por el Tribunal Constitucional cuando, a raíz del recurso de inconstitucionalidad planteado por la oposición, enjuició la Ley 30/1984 y, en concreto, el artículo 15 cuya inconstitucionalidad basaban los recurrentes en la infracción de la reserva legal formulada por el artículo 103.3 de la CE para la regulación del estatuto funcionarial y la vulneración de los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública.

⁴⁹ La utilización moderada de la contratación administrativa, es decir, como una excepción al régimen funcionarial y nunca como régimen general, se presenta, en definitiva, como una alternativa a la contratación laboral aunque, como también ha ocurrido en otros países con la contratación laboral, ésta haya sido objeto de ciertos abusos por parte del legislador. En efecto, aunque el artículo 3.º del vigente Estatuto general de funcionarios, aprobado por la Ley de 13 de julio de 1983, contiene una reserva el estatuto funcionarial de todos los empleos civiles permanentes del Estado y de otras colectividades territoriales, este principio ha sido derogado por otras disposiciones legislativas sectoriales. Algunas excepciones a este principio, como la utilización de contratos administrativos para trabajos a tiempo parcial o para servicios que responden a necesidades ocasionales, son ya tradicionales. Otras, aun teniendo carácter puntual, son tan imprecisas que se aplican con carácter general; éste es el caso de la Ley de 11 de enero de 1984 que afecta a la Administración del Estado pero sirve igualmente de referencia para la función pública territorial. El artículo 4.º de la Ley citada, modificado por la Ley de 30 de junio de 1987, prevé que para los empleos de nivel superior pertenecientes a la categoría A, podrán utilizarse contratos administrativos cada vez que la naturaleza de las funciones o las necesidades del servicio lo justifiquen, contratos que tendrán una duración máxima de tres años, renovables expresamente tantas veces como sea necesario. Esta disposición permite la ocupación sin límite de tiempo pues los contratos podrán ser renovados indefinidamente, de un puesto de carácter permanente por un contratado administrativo, lo que no resulta favorable desde el punto de vista del trabajador pues, como señalan CABANEL y GOURDON (ob. cit., pág. 30), dado que los empleos tienen naturaleza permanente debían haberse regulado como contratos de duración indeterminada con las garantías que este tipo de contratos conllevan, pues aunque pueden ser resueltos por el empleador se garantiza al menos la indemnización y los trabajadores gozan de una acción legal en caso de despido ilegal, mientras que la no renovación del contrato temporal no confiere derecho alguno.

Pero no lo hizo. Se contentó con pasar de puntillas por el tema de la laborización y de algunos otros de especial importancia como el contenido del estatuto funcional o la anticipación de la edad de jubilación, lo que le hizo merecedor de críticas por parte de la doctrina ⁵⁰.

En efecto, no existe en la Sentencia 99/1987 una interpretación suficientemente razonada de los preceptos constitucionales en cuanto a laborización se refiere, cuestión ésta que despacha de forma incidental cuando, al referirse a los elementos que forman parte del estatuto funcional, el Tribunal da por sentado que caben otras formas de relación con la Administración distintas a la funcional sin establecer las condiciones o los límites, cuya determinación remite al legislador: «habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos (arts. 103.3 y 149.1.18) habrá de ser también la Ley la que determine en qué casos y con qué condiciones pueden reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración pública» ⁵¹. Y si bien es verdad que se desprende del fallo el carácter excepcional de la contratación laboral —el régimen funcional debe ser la regla—, por lo que una interpretación «bondadosa» permitiría encontrar una reserva a los funcionarios de los puestos que impliquen ejercicio de funciones públicas, el hecho de que el Tribunal no haya determinado expresamente el campo de aplicación de ambos regímenes supone dar al legislador una excesiva libertad que podría conducir, como en la práctica ha ocurrido, a abusos difícilmente controlables.

Tras esta sentencia, la primera intención del Gobierno fue la de laborizar lo máximo posible la función pública reservando a los funcionarios únicamente aquellos puestos de trabajo que implicasen el ejercicio de funciones públicas en sentido estricto, es decir, los puestos de trabajo que suponían el ejercicio de actividades de autoridad, inspección, control, arbitraje y asesora-

⁵⁰ Fernando SÁINZ MORENO, «El Estatuto de la función pública después de la sentencia TC 99/1987 y de la Ley 23/1988, *RAP*, núm. 117, 1988, págs. 321 y ss., y Diego CÁMARA DEL PORTILLO, «La Función Pública ante el Tribunal Constitucional: Una oportunidad perdida», *REDA*, núm. 57, págs. 100 y ss.

⁵¹ De ahí que el Tribunal termine por afirmar la inconstitucionalidad del artículo 15 de la Ley de Medidas de Reforma por no respetar la reserva legal del artículo 103.3: «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 funcionarios públicos, entraña una patente conculcación de la reserva de ley establecida en el artículo 103.3 de la CE, 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».

miento⁵², en términos similares a los de la Ley de Bases de Régimen Local⁵³. Sin embargo, el texto definitivo de la Ley 23/1988, de reforma de la Ley 30/1984, ha consagrado una versión mucho más moderada al establecer que todos los puestos de trabajo de la Administración del Estado y de sus Organismos autónomos, así como los de las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social, serán desempeñados por funcionarios públicos con las únicas excepciones tasadas que la propia Ley establece.

La primera de estas excepciones comprende los puestos de naturaleza no permanente y aquellos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades periódicas o discontinuas, precisamente los puestos que hasta la Ley de Reforma de 1984 se habían venido cubriendo con contratados administrativos y en los que no cabe recurrir a la interinidad por no existir una vacante que deba ser ocupada definitivamente por un funcionario de carrera⁵⁴. La segunda excepción hace referencia a los puestos en los que desde la Ley de 1964 es tradicional la contratación laboral, es decir, a aquellos cuyas actividades son propias de oficios y los de vigilancia, custodia, porteo y otros análogos, actividades éstas atribuidas al Cuerpo de Subalternos que, paradójicamente, no ha desaparecido. En tercer lugar, se permite la contratación laboral

⁵² De este anteproyecto da cuenta Diego CÁMARA, ob. cit., pág. 111.

⁵³ Esta había sido la distribución de puestos de trabajo entre funcionarios y laborales prevista por el artículo 92.2 de la Ley de Bases de Régimen Local, pues se reservaban a los funcionarios aquellos puestos «que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería y, en general, aquellas que en desarrollo de la presente ley se reservan a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función».

⁵⁴ SÁINZ MORENO (ob. cit., pág. 326). Como señala GODINO REYES («La relación laboral individual en la Administración pública», tesis doctoral inédita, Alcalá de Henares, 1995, págs. 172 y 173), no se puede interpretar que los puestos de naturaleza no permanente coinciden con lo establecido en el artículo 15.1 de Estatuto de los Trabajadores para la contratación temporal, es decir, la realización de una obra o servicio determinado, la sustitución de trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo o las exigidas por necesidades del mercado de forma transitoria, pues además de éstos pueden existir otras áreas de naturaleza no permanente, aunque en este caso no se podría utilizar la contratación temporal y en este sentido sería lícito acudir a la contratación laboral incluso con carácter indefinido si no existe fórmula de contratación temporal utilizable. Piénsese, por ejemplo, en la creación de un Departamento encargado de controlar el gasto sanitario mientras dure una epidemia. Es sin duda, recuerda el autor citado, una actividad de carácter no permanente pero de duración incierta en la que no podría utilizarse el contrato para obra o servicio determinado si éstas son variadas y modificables a lo largo del tiempo en función de la evolución de la situación. Por otra parte, en cuanto a las actividades de carácter periódico y discontinuo que tengan carácter permanente, deberán celebrarse contratos de duración indefinida como impone la Ley 10/1994, de 19 de mayo, que incluye entre las modalidades de contrato a tiempo parcial el concertado para realizar trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa, en cuyo caso el contrato se entenderá celebrado por tiempo indefinido.

en 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 nuevos puestos de las áreas de expresión artística y los vinculados directamente a su desarrollo, servicios sociales y protección de menores. Como recuerda SÁINZ MORENO⁵⁵, quedó claro en el debate parlamentario que aunque algunas de estas actividades también podrían ser desempeñadas por funcionarios públicos era necesario introducir esta excepción por tratarse en algunos casos de actividades no propiamente administrativas sino de apoyo encaminadas a facilitar el cumplimiento de los fines propios de la Administración. La consecuencia final es que en todas las áreas mencionadas conviven funcionarios y laborales en los mismos puestos de trabajo pero sujetos a regímenes jurídicos diferentes. Como últimas excepciones la ley recoge los puestos de trabajo en el extranjero con funciones administrativas de trámite y colaboración y auxiliares que comporten manejo de máquinas, archivo y similares, y los puestos correspondientes a áreas de actividad que requieran conocimientos técnicos muy especializados cuando no existan cuerpos o escalas de funcionarios cuyos miembros tengan preparación específica necesaria para su desempeño. Aunque con esta última excepción se pretendía únicamente cubrir de forma transitoria aquellas lagunas producidas por el inevitable desfase que puede surgir entre la aparición de nuevas técnicas y la incorporación de las mismas a la selección, formación y perfeccionamiento de los funcionarios⁵⁶, lo cierto es que ha permitido a través de una interpretación forzada introducir la contratación laboral en los niveles superiores de la función pública, en especial en los niveles directivos, que se supone exigen una especial cualificación o preparación⁵⁷. No es infrecuente encontrar en las relaciones de puestos de trabajo algunos que se prevén de ocupación indistinta por funcionarios o laborales y que suelen llevar aparejadas actividades de dirección o gerencia de los entes u organismos a los que pertenecen cuando, sin embargo, existen cuerpos gene-

⁵⁵ Ob. cit., pág. 363.

⁵⁶ Memoria justificativa del proyecto de ley, ÁLVAREZ DE LA ROSA, «El régimen jurídico de las incompatibilidades en los contratos de trabajo del sector público», *Documentación Administrativa*, núm. 210/1987, pág. 233.

⁵⁷ Teóricamente, sin embargo, éste debería ser el supuesto más restrictivo pues, como argumenta GODINO REYES (ob. cit., pág. 179), es difícilmente imaginable un área de actividad en la que intervenga la Administración sin contar con funcionarios especializados para desempeñarla y, en todo caso, partiendo de la excepcionalidad del vínculo contractual laboral, la permanencia de dicha actividad entre los fines de la Administración obligaría a crear las correspondientes plazas de funcionarios.

rales de funcionarios especialmente preparados para este tipo de funciones⁵⁸. La Ley 42/1992, de 30 diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social, ha operado una nueva ampliación de la contratación laboral en el seno de la función pública al autorizarla para todos aquellos puestos con funciones auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo. Se establece así una cláusula de cierre en la que tienen cabida todos aquellos puestos que no implican el ejercicio de autoridad o de prerrogativas públicas.

Interesa señalar, y esto es muy grave, que los preceptos legales que establecen los supuestos tasados en los que tiene cabida la contratación laboral no tienen carácter básico y, por lo tanto, no serán de aplicación en las Comunidades Autónomas, que podrán regular a su antojo la extensión y límites de la contratación laboral en el seno de sus Administraciones, como tampoco lo es en las Corporaciones locales para las que la Ley de Bases de Régimen Local ha establecido una reserva a los funcionarios de los puestos que conllevan el ejercicio de funciones de autoridad o de prerrogativas del poder público. Las leyes sobre Función Pública de las Comunidades Autónomas, anteriores a la Sentencia de Tribunal Constitucional, se limitaron a repetir la concepción de la Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública de 1984, es decir, evitaron entrar a determinar los casos en los que cabía la contratación laboral⁵⁹; incluso alguna se entretenía en explicar que ambas figuras, la funcionarial y la laboral, tenían una misma utilidad, pues «se parte de la no identificación entre función pública y funcionarios y se considera por tanto función pública de la comunidad en la inteligencia de interpretarla como conjunto de agentes ejecutores de las actividades de la Administración e instituciones comunitarias, tanto al personal funcionario como al laboral»⁶⁰. Sin embargo, las leyes de Función pública aprobadas

⁵⁸ En todo caso hay que destacar la grave falta de sistemática de que adolece el artículo 15.1 de la Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública, que se ve agravada por el hecho de que no se utilice un criterio general para distinguir al personal laboral del funcionario, sino que para ello se recurre a varios factores utilizados algunas veces de forma interrelacionada: a) naturaleza o tipo de trabajo; duración de la actividad; área o unidad organizativa en la que la actividad se presta, y el lugar de prestación de los servicios (GODINO REYES, ob. cit., págs. 180 y 181).

⁵⁹ Así, la Ley 4/1988, de la Función Pública de Galicia, la Ley catalana 17/1985, de Función pública de la Generalidad de Cataluña; la Ley Foral 13/1983, de Función Pública de Navarra; la Ley de Función Pública de la Comunidad Canaria 17/1985; la Ley de Función Pública de Andalucía en la que a mayor abundamiento sólo reserva a los funcionarios públicos los puestos de trabajo que impongan necesariamente la adopción de decisiones que puedan ser objeto de recursos en vía administrativa o contencioso-administrativa (art. 12) y la Ley de Función Pública de Castilla-La Mancha 3/1988.

⁶⁰ Exposición de Motivos de la Ley 1/1986, de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Madrid.

por las Comunidades Autónomas tras la STC 99/1987, han establecido los casos tasados en los que puede o debe utilizarse la contratación laboral⁶¹, que en algunas de ellas superan los previstos en la norma estatal⁶².

6. LA CONTRATACIÓN LABORAL EN LOS ENTES INSTRUMENTALES SUJETOS AL DERECHO PRIVADO

La excepcionalidad del régimen laboral que parece deducirse de la jurisprudencia constitucional ¿es extensible a todo el sector público o, por el contrario, debe limitarse a la Administración de Estado, sus Organismos autónomos y Entes gestores y Servicios comunes de la Seguridad Social? Ésta es una de las grandes cuestiones hasta hace muy poco pendientes pues, en ausencia de una normativa general, el régimen del personal del resto del sector público se movía dentro de la más absoluta singularidad.

Así, de un lado, estaba el caso del personal de las sociedades estatales reguladas en el artículo 6.1 de la Ley General Presupuestaria. Nos referimos obviamente a las sociedades que no realizan actividades comerciales o industriales sino funciones públicas como lo es la contratación de obra pública, y asimismo al de los entes públicos que por Ley sujetan su actividad al Derecho privado. El personal de estos entes estaba sometido al Derecho laboral, que se les aplicaba sin más modulaciones o especialidades que las expresamente previstas en sus normas constitutivas. Esta aplicación planteaba un primer problema que es la compatibilidad de este régimen de personal con los principios de mérito y capacidad que postula el artículo 103 de la CE⁶³, que aparecía burlado de forma total pues ni siquiera se aplicaban las mínimas normas de selección abierta prevista para el personal laboral en la Ley de Reforma de la Función Pública.

⁶¹ Tanto la Ley 4/1988, de Función Pública gallega, como el Decreto Legislativo de 20 de marzo de 1991 de la Comunidad Valenciana, no sólo permiten la contratación laboral en determinados puestos sino que han reservado a los laborales, con exclusión de los funcionarios, los puestos que en ellas se relacionan.

⁶² Así, entre otras, las leyes de Función Pública de Madrid (Ley 5/1989), Castilla y León (Ley 4/1991), Murcia (Ley 2/1989) y La Rioja (Ley 3/1990), han reproducido sin ampliarlos los supuestos previstos en la Ley estatal para la contratación laboral. Distinto es el caso de las Comunidades de Aragón (Decreto Legislativo 1/1991), Baleares (Ley 2/1989), País Vasco (Ley 6/1989), Cantabria (Ley 4/1993) y Cataluña (Ley 9/1994, de reforma de la Función Pública).

⁶³ *Las sociedades estatales* —dice el art. 6.2 de la Ley citada—, *se regirán por las normas de Derecho mercantil, civil o laboral salvo en las materias en que les sea de aplicación la presente Ley.*

El panorama se complicaba mucho más cuando se trataba de entes públicos del artículo 6.5 de la Ley General Presupuestaria, es decir, de aquellos que se constituían con total libertad por sus normas creadoras que son las que determinaba su régimen jurídico sin más límite que los preceptos de la Ley General Presupuestaria que expresamente les fueran de aplicación. Estos entes quedaban excluidos de las leyes reguladoras de la función pública estatal y autonómica⁶⁴ y, por lo tanto, no les resultaban de aplicación sus preceptos, por lo que en la práctica se movían dentro de la más amplia diversidad.

Algunos de estos entes, como la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, se enmascararon en el régimen general de la función pública pues sus empleados son en su mayoría personal sujeto al Derecho funcional, mientras que la contratación laboral se limita al desempeño de puestos de trabajo en supuestos excepcionales⁶⁵. A cambio se establecieron una serie de peculiaridades funcionales y retributivas que lo convierten en un régimen ciertamente singular⁶⁶.

⁶⁴ La Ley 9/1994, de 29 de junio, de Reforma de la Función Pública de la Generalidad de Cataluña, excluye expresamente de su ámbito de aplicación al personal que presta servicios en las entidades de Derecho público sujetas al Derecho privado que se rige por su normativa específica y serán sus leyes de creación las que determinen, en su caso, el régimen a que debe sujetarse el personal funcionario adscrito a las mismas.

⁶⁵ Como señala Luis Miguel ARROYO «La Agencia Estatal de la Administración Tributaria y la reforma de la función pública», *Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero*, Madrid, 1994, pág. 210), se ha descartado con ello la introducción generalizada para estos empleados, aprovechando la creación de la Agencia, de un régimen de personal basado en el Derecho del trabajo realizándose una lectura realista de la STC 99/1987 en la que se postula la exclusividad de los funcionarios en el ejercicio de las funciones públicas. Pero más que realista la interpretación debe considerarse optimista pues, como antes vimos, ningún límite expreso señala la sentencia a la contratación laboral de la que se limita a afirmar su excepcionalidad, ¡ojalá que, como afirma ARROYO, el Tribunal se hubiera atrevido a establecer algún criterio! En todo caso es importante recordar con ARROYO que la privatización del régimen del personal de la Agencia es una posibilidad que se barajó seriamente desde el Gobierno.

⁶⁶ Se planteó también la posibilidad de laboralizar el conjunto del personal de la Agencia Estatal tributaria que no se concebía por los artífices de la reforma incompatible con los postulados constitucionales. Como recuerda Luis M. ARROYO, ob. ult. cit., pág. 210, el entonces Ministro de Economía, Sr. Solchaga, se refirió en una conferencia pronunciada en junio de 1990 a que la reforma de la Administración tributaria tendría lugar mediante la creación de un organismo estatal autónomo con un sistema laboral privado y con profesionales que fueran defensores celosos del tributo; y aunque este proyecto, por razones políticas que no jurídicas, no salió adelante, lo cierto es que la «discrecionalidad» se mantuvo para los directivos o altos funcionarios de la Agencia, pues la Ley de Presupuestos para 1991 que la creó dispuso que quedaba excluido este personal del régimen general de selección basado en convocatoria pública, principios de mérito y capacidad y sistemas selectivos típicos, lo que unido a la potestad discrecional de determinar en las correspondientes relaciones de puestos de trabajo los reservados al personal directivo equiparaban a los directivos de la Agencia a los de cualquier empresa privada. Pero este precepto fue modificado por la Ley de la Renta, que impide la utilización de técnicas privadas de selección para los funcionarios directivos, aunque sigue pendiente la cuestión de si es posible la creación de un colectivo exclusivamente directivo al margen del personal integrado en cuerpos, escalas y especialidades.

A otros entes del artículo 6.5 de la Ley General Presupuestaria se les impuso un régimen laboral para todo su personal. Es, entre muchos otros, el caso del Consejo Económico y Social⁶⁷, del Ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea⁶⁸, de la Agencia de Protección de Datos⁶⁹, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores⁷⁰ o de los Entes públicos Puertos del Estado y Autoridades Portuarias⁷¹. La ironía de todo este proceso es que como la laboralización se ha afrontado sin reglas previas, sin límite alguno, ocurre que muchos de estos entes públicos cuyo personal ha sido convertido al régimen laboral tienen encomendado el ejercicio de funciones públicas⁷² y su ejercicio, por expresa prescripción legal⁷³, tiene que sujetarse al Derecho administrativo. Es así como se ha roto el tradicional monopolio de los funcionarios para ejercer funciones administrativas y hoy el personal laboral de estos organismos, que no tienen otro, puede dictar actos administrativos impugnables ante la Jurisdicción contencioso-administrativa.

La Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, ha venido a establecer una

⁶⁷ Ley 2/1991, de 17 de junio, artículo 9.4.

⁶⁸ Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos para 1990 (art. 85).

⁶⁹ Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.

⁷⁰ La Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

⁷¹ Artículos 24 y ss. y 35 y ss. de la Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. El personal de estos entes públicos queda en bloque sujeto a las normas de Derecho privado o de Derecho laboral y su régimen de retribuciones e incompatibilidades será el establecido con carácter general para las sociedades estatales. Se pretende mediante esta fórmula, como pone de relieve la Exposición de Motivos, establecer un régimen singular y diferente del propio de la Función Pública que permita incorporar personal con experiencia en la gestión empresarial y profesionales de diferente formación por lo que parece imprescindible, continúa, abrirse al mercado laboral sin las limitaciones que para este tipo de especializaciones puede significar el tener que ceñirse a las normas reguladoras de la función pública.

⁷² Así, el Ente público Puertos del Estado tiene encomendadas, entre otras funciones, la gestión y utilización del dominio público, recaudación y exacción de ingresos públicos y sanciones; por lo que los actos que dicte en esta materia son actos administrativos que agotan esta vía, excepto en materia tributaria donde serán recurribles en la vía económico-administrativa. Por su parte, la Comisión Nacional del Mercado de Valores tiene reconocida potestad normativa (puede aprobar disposiciones o circulares vinculantes), tiene encomendada una función de policía consistente en la autorización, supervisión e inspección de los que realizan una función de intermediación o actividad profesional en el mercado de valores y puede además imponer sanciones administrativas.

⁷³ Algunas de las normas de creación de entes públicos del artículo 6.5 de la LGP ya habían previsto entre sus disposiciones la exigencia de que el ejercicio de funciones públicas había de sujetarse al Derecho público, y esta exigencia ha sido generalizada por la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para todas las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, las cuales, por mandato del artículo 2.2, habrán de sujetar su actividad a la ley citada cuando ejerzan potestades administrativas.

cierta uniformidad al aplicar el Derecho laboral al personal de las Entidades Públicas empresariales sin más modulación que la selección mediante convocatoria pública basada en los principios de mérito y capacidad, principios que se excluyen para la selección del personal directivo que será nombrado atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia. Con ello la nueva ley ha elevado a norma general lo que antes sólo era frecuente en las normas singulares de creación de los entes públicos apátridas ⁷⁴. Sin embargo, como antes, es cuestionable que esta exigencia tenga más valor que una declaración de intenciones o una simple obligación natural puesto que poco puede hacerse para controlar judicialmente el *fair play* en la selección del personal de estos organismos. La amplia libertad de que disfrutaban este tipo de entidades, no sólo para fijar los procedimientos de selección sino también a la hora de excluirlos o dispensarlos para un contrato en concreto o para todo un tipo de contratos como es el caso del personal directivo y altos cargos, hace que esa invocación a los principios de mérito y capacidad no sea otra cosa que un frío desecho, cuando no una muestra de hipocresía. Así lo ilustra la denuncia que formula el Tribunal de Cuentas en su Informe de fiscalización de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en el que reprocha a la Comisión la frecuente omisión de la convocatoria pública y el incumplimiento de muchos de los requisitos fijados en el procedimiento de selección y recomienda la ampliación del número de personas que realizan la selección a fin de conseguir una mayor objetividad ⁷⁵.

III. LA EXCLUSIÓN DE LOS FUNCIONARIOS DE LOS PUESTOS DIRECTIVOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En las dos últimas décadas se ha advertido un cierto cambio en el estilo directivo de las funciones públicas de los países de nuestro entorno. De un lado, como consecuencia de la aplicación

⁷⁴ Así, por ejemplo, el artículo 14 de la Ley del Mercado de Valores establece que la selección de personal, a excepción del de carácter directivo, se hará mediante convocatoria pública y de acuerdo con sistemas basados en los principios de mérito y capacidad.

⁷⁵ Ejercicios 1991-1992 (BOE de 1 de diciembre de 1994). La Comisión Nacional del Mercado de Valores elaboró un manual de procedimientos en el que se estableció detalladamente los procesos de selección según las diferentes categorías profesionales distinguiendo entre «altos cargos y directivos», «técnicos» y «personal administrativo, auxiliar y subalterno», posibilitando que dicha selección se realizase mediante profesionales externos expertos en selección de personal cuando las ventajas obtenidas por esta vía sean superiores a las resultantes de realizar la selección por la propia CNMV.

de las técnicas del *management*, los altos funcionarios han visto disminuir su papel de asesoramiento en la elaboración de las políticas públicas para asumir una función de dirección de programas y personal basada en la incorporación de las técnicas de dirección del sector privado (productividad, eficacia y creatividad) y de los métodos de retribución por mérito que han venido a romper la homogeneidad de las escalas retributivas propias del modelo cerrado de función pública ⁷⁶.

Por otra parte, los altos niveles de la Administración Pública se han politizado. El principio de autonomía hoy tan en boga se ha traducido en un crecimiento de la clase política que ha desplazado al funcionariado profesional en el primer escalón de la función directiva en el que, como señala MORELL ⁷⁷, se ha sustituido el principio del mérito por el principio de confianza política originaria o electiva. Pero no sólo eso; los políticos electos desconfían de la capacidad de los funcionarios de carrera para llevar a cabo sus programas, lo que se traduce en una mayor intervención en la selección de los que ocupan los puestos del segundo escalón directivo (libre designación) o en el recurso al

⁷⁶ El cambio de las técnicas directivas de la función pública ha de enmarcarse en un fenómeno más amplio de transformación del modelo clásico de función pública basado, como relata RICHARDS («El paradigma del cliente en la gestión pública», *Gestión y análisis de políticas públicas*, núm. 1/sept.-dic., 1994, págs. 5 a 16), en la distinción entre políticos legitimados por el mandato electoral recibido de los ciudadanos y los técnicos cuya legitimidad está basada en la posesión de la *expertise* necesaria para poder llevar a cabo el proceso de producción del servicio; estos últimos transformaban las políticas definidas por los cargos políticos en un conjunto de instrucciones específicas que han de guiar el comportamiento real del personal en su labor de servicio a los ciudadanos. En este paradigma no había distinción alguna entre cliente, elector y ciudadano; la rendición de cuentas se realizaba desde los funcionarios o productores del servicio hacia los líderes políticos y desde ellos hacia los electores. Este modelo ha sido, sin embargo, desplazado por un nuevo paradigma de la eficacia: si las organizaciones del sector público tienden a ser ineficaces debido a la falta de competencia, el remedio es trasladar los mecanismos de mercado que favorezcan una presión de signo contrario. El papel del anterior directivo consistente en negociar entre los dos sectores en juego (políticos y personal) se ha transformado hoy en un *rol managerial* capaz de ejercer presión sobre el personal de la Administración para conseguir de esta forma una mayor eficacia. Como la producción debe llevarse a cabo en la forma más barata posible, las habilidades *manageriales* (capacidad de cumplir objetivos y lograr las metas) son necesarias para romper con las rutinas y pautas establecidas por parte de los productores del servicio. Es así como la idea de que los gestores de los servicios públicos tienen que actuar como lo hacen los del sector privado se ha convertido en una especie de consigna tendente a propiciar la eficacia por encima de todo y cómo, en los años ochenta, los gestores públicos, especialmente conmovidos por los éxitos del modelo japonés de productividad, han redescubierto el liderazgo y achacan a la falta de cultura organizativa occidental la crisis de su modelo: hay que mejorar la eficacia a través del desarrollo de una cultura organizativa que se oriente al rendimiento, valor que debe estar presente en las costumbres y la mentalidad de los miembros de la organización.

⁷⁷ Son los cargos basados en la confianza política a los que se refiere Luis MORELL (*El sistema de la confianza política en la Administración pública*, Madrid, 1994), cuya actuación, a diferencia de la del funcionario, no es ni puede ser objetiva ya que debe obedecer al órgano que le ha nombrado so pena de ser cesado.

personal de nombramiento político para puestos tradicionalmente reservados a la función pública permanente. Frente al régimen funcional, los cargos o puestos así nombrados están basados en la simple confianza política o personal sin asomo del principio de mérito y su actuación, a diferencia de la del funcionario, no es ni puede ser objetiva ya que debe obedecer al órgano que le ha nombrado, que si no podrá cesarle inmediatamente.

Estos cambios no han tenido, sin embargo, reflejo suficiente en una regulación del estatuto jurídico de los funcionarios directivos. Si las medidas contenidas en la Ley de Funcionarios de 1964 (reserva de los puestos de trabajo de mayor responsabilidad a los funcionarios con formación directiva y reconocimiento de ciertos beneficios retributivos), resultaron insuficientes⁷⁸ para crear funcionarios superiores, una vez arruinada la anterior jerarquía funcional, tampoco las previstas en la Ley de Reforma de la Función Pública de 1984, que contempla como única especialidad para las funciones directivas el procedimiento de libre designación para la provisión de puestos de trabajo⁷⁹, parece que hayan servido de mucho. En este contexto de total imprevisión sobre la función directiva funcional, que, de otra parte, parece buscada de propósito por la reforma socialista a fin de extender el área de poder de la clase política hegemónica, no es extraño que la contratación laboral se haya utilizado sin escrúpulos para regular las relaciones de servicios de la cúspide de la jerarquía administrativa en la medida en que permite establecer retribuciones equiparables a las del sector privado, burlar las previsiones legales sobre relaciones de puestos de trabajo⁸⁰ y flexibilizar aún más los procedimientos de selección basados en

⁷⁸ Se crea por esta ley el Cuerpo Técnico de Administración a quien se encomienda las funciones de gestión, estudio y propuesta de carácter administrativo de nivel superior. Las plazas de mayor responsabilidad de este cuerpo que previamente se clasifiquen como tales se reservarán a funcionarios que ostenten el diploma de directivos, diploma que lleva aparejada una mejora a efectos retributivos y que conseguirá una vez aprobados los cursos correspondientes (arts. 23.3 y 26 de la Ley de 7 de febrero de 1964, de Funcionarios Civiles del Estado).

⁷⁹ Como es sabido, el procedimiento de libre designación no era en la Ley 30/1984, de Reforma de la Función Pública, privativo de los funcionarios directivos pues se extendía a todo tipo de puestos de trabajo. Tras la reforma de la ley citada el procedimiento de libre designación ha sido limitado a los puestos de Subdirector general, Delegados y Directores regionales y provinciales, Secretarías de altos cargos, así como aquellos otros puestos de carácter directivo o de especial responsabilidad para los que así se determine en las relaciones de puestos de trabajo [art. 20.b)]. Por otra parte, la LOFAGE contiene una especial regulación de los órganos directivos de los Ministerios y exige que tanto los Subsecretarios, como los Secretarios generales técnicos y los propios Directores generales, sean nombrados entre funcionarios del Estado, Comunidades Autónomas o entidades locales.

⁸⁰ Es práctica frecuente, sin amparo legal alguno, que los contratos de alta dirección en la Administración Pública y otros entes sujetos a la legislación de funcionarios —Universidades— queden excluidos de las relaciones de puestos de trabajo.

los principios de mérito y capacidad. De esta forma y con esas justificaciones, el Derecho laboral ha ido desplazando en buena medida al Derecho público en los niveles superiores de la función pública, bien sustituyendo la relación estatutaria que vincula a la Administración con los funcionarios políticos y eventuales por contratos laborales con sustanciosas indemnizaciones en caso de despido (contratos blindados), o bien expulsando de los niveles directivos a los funcionarios de carrera que poco a poco se van viendo reemplazados por personal laboral.

A su vez, como en un círculo vicioso, la admisión de entradas «laterales» en los niveles superiores de la función pública ha afectado a la carrera administrativa de los funcionarios de mayor preparación y prestigio, muchos de los cuales optan por el sector privado donde las expectativas profesionales y económicas son mucho más atractivas. Pues bien, contra este fenómeno al que los franceses se refieren con el expresivo término de *pantouflage*⁸¹ y que amenaza con poner en peligro la realización de algunas actividades administrativas consideradas claves, el legislador ha reaccionado de forma muy diversa con medidas que van desde la severa prohibición de abandonar la función pública durante un número mínimo de años y hacer depender esta salida de las necesidades del servicio⁸², hasta el aumento sustancial de las retribuciones, lo que se ha llevado a cabo bien mediante la total privatización de la actividad y laboralización en bloque del personal a él adscrito⁸³, bien a través del establecimiento de un régimen funcional peculiar para un determinado servicio⁸⁴.

⁸¹ Véase sobre este punto Nicole DE MONTRICHER, «La Función Pública en Francia: Problemas y perspectivas», *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, núm. 57, 1991, págs. 67 y ss.

⁸² Ésta es la solución impuesta por el Reglamento General de adquisición y pérdida de la condición militar y de situaciones administrativas del personal militar profesional, para los militares y, en especial, para los pilotos. Su artículo 3.º establece que la pérdida de la condición de militar de carrera en virtud de renuncia exigirá tener cumplidos los tiempos de servicios efectivos desde el acceso a la condición de militar de carrera, tiempo que para los pilotos militares será fijado por el Ministro de Defensa entre ocho y quince años según las necesidades del planeamiento de la defensa militar. Haciendo uso de la habilitación reglamentaria, la Orden Ministerial 25/1990, de 9 de abril, reconoció el derecho a pasar a la situación de excedencia voluntaria o a obtener la renuncia de la condición militar de los militares de carrera del personal del arma de aviación, de la escala del Aire, del Ejército del Aire, una vez cumplidos los quince años de servicios efectivos desde el acceso a la condición de militar de carrera.

⁸³ Éste es el caso de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de las Autoridades portuarias, de AENA y en general de la mayoría de entes apátridas del 6.5 cuyo personal, a pesar de en muchos casos realizar funciones que conllevan el ejercicio de prerrogativas públicas, se sujeta en bloque al Derecho laboral.

⁸⁴ Como señala Luis Miguel ARROYO («La Agencia Estatal de la Administración Tributaria y la reforma de la función pública», cit., pág. 209), la creación de la Agencia estatal tributaria pretendía antes de nada hacer frente a un cúmulo de problemas de personal que alcanzaban en este sector una intensidad peculiar: pérdida de personal altamente cualificado que pasa al

Pero dejemos para más adelante la descripción detallada del fenómeno de laboralización de la función pública directiva y el análisis de los obstáculos constitucionales y legales con que se enfrentan los contratos blindados en la Administración Pública para exponer, antes de nada, en qué consiste la figura del contrato blindado y cuál es su virtualidad en el sector privado donde ha sido alumbrada.

IV. LA FUNCIÓN DIRECTIVA EN EL DERECHO LABORAL: LOS CONTRATOS BLINDADOS

Si tradicionalmente la función de alta dirección de la empresa privada estuvo excluida del Derecho del trabajo y de la jurisdicción laboral y la actividad de los altos directivos quedaba sujeta a las normas del Derecho civil o mercantil⁸⁵, la fuerza expansiva

sector privado, ausencia de estímulos profesionales y retributivos para los que se quedan, insuficiente cobertura del número de plazas ofertadas públicamente, gran número de contratos temporales, carencia de personal técnico de punta, etc. Se optó, en consecuencia, por extraer a la Administración tributaria del marco general, lo que se tradujo a nivel del personal directivo en su exclusión del régimen general de selección basado en los principios de mérito y capacidad y sistemas selectivos típicos y en el establecimiento del principio de libre nombramiento y remoción similar al que impera en la empresa privada. Este tratamiento fue modificado por la Ley de la Renta, por la que se integraron en el régimen común todos los funcionarios integrados en cuerpos, escalas y especialidades, impidiendo el que para este personal pudieran utilizarse técnicas privadas de selección y provisión aunque continúa abierta la cuestión de si sigue siendo posible la creación de un colectivo exclusivamente directivo al margen del personal integrado en cuerpos, escalas y especialidades.

⁸⁵ Sobre la evolución histórica de la relación de alta dirección, véase Efrén BORRAJO DACRUZ, *Altos cargos laborales*, Madrid, 1984, págs. 21 y ss. La exclusión del Derecho laboral, que se justifica por la propia naturaleza de la función directiva de la que faltan las notas de subordinación y dependencia que el Derecho laboral exige para la existencia de una relación laboral, cuenta con una larga tradición; así, el Código del Trabajo de 1926 exceptuaba ya a los directores, gerentes de empresas y en general los apoderados generales o factores mercantiles con arreglo al Código de Comercio. Después, la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 excluyó de su ámbito de aplicación a los directores, gerentes y altos funcionarios de las empresas que, por su elevada especialidad técnica, la representación que ostentan de la empresa, sus importantes emolumentos y la índole de su labor, pudieran ser considerados independientes en su trabajo; en la misma línea la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 excluía de forma expresa a las personas que ejercían las funciones de alta dirección, alto gobierno y alto consejo, características de los cargos de Director general, Director o gerente de la empresa, Subdirector general, Secretario general y excluidos de las correspondientes reglamentaciones de trabajo.

Tras la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que trabajasen por cuenta ajena en los cargos directivos de las empresas (Decreto 2065/1974, de 30 de mayo), la Ley de Relaciones Laborales de 1976 operó un cambio sustancial en el tratamiento de la función directiva pues calificó la relación de los altos directivos que no tuvieran función de mero consejero como relación laboral especial, lo que significaba atribuir competencia a los tribunales del orden social sobre estas relaciones, aun cuando el Derecho aplicable, por tratarse de una relación especial, no sería el Derecho laboral común. Se trataba, como señala Manuel IGLESIAS CABERO (*Relación laboral del personal de alta dirección*, Madrid, 1991, pág. 20), de una inclusión parcial en el Derecho laboral.

del Derecho laboral⁸⁶ ha terminado por imponerse. El Estatuto de los Trabajadores, aun cuando excluye del ámbito del Derecho laboral la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revisten la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo⁸⁷, configura el trabajo del personal de alta dirección como relación laboral especial cuya regulación material remite a un reglamento, aprobado por el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto⁸⁸, que contiene la normativa actualmente aplicable a las relaciones laborales de alta dirección del sector privado y, a falta de una normativa propia, del sector público⁸⁹.

El primer escalón, decíamos, en la organización jerárquica de la empresa, está excluido del Derecho laboral, y sujeto por lo tanto a la legislación civil y mercantil. En cuanto que personificación jurídica del empresario, los consejeros y miembros del consejo de administración de las sociedades mercantiles y, por extensión, los administradores de cualesquiera

Por otra parte, la Ley de Relaciones Laborales mantenía la exclusión de la legislación laboral de quienes desempeñaban las funciones de consejeros en las empresas que revistiesen forma jurídica de sociedad, que seguían sometidos al Derecho civil o mercantil. En todo caso, la falta de regulación reglamentaria de la que se hacía depender la entrada en vigor de la nueva regulación permitió que los altos directivos continuaran excluidos del Derecho y la jurisdicción laboral, exclusión que en la práctica se mantuvo hasta el Estatuto de los Trabajadores.

⁸⁶ La propia jurisprudencia se encargó de interpretar de la manera más restrictiva posible esta exclusión de los altos directivos del Derecho laboral, estableciendo una presunción a favor del contrato laboral y de la aplicación del Derecho laboral más protector y tuitivo del trabajador que los Derechos civil o mercantil que, en caso contrario, les serían de aplicación. La tendencia general de la jurisprudencia fue, pues, partiendo de una legislación que permitía encuadrar también como alto directivo a los directivos medios, enormemente restrictiva en atención a que el alto cargo estaba excluido de la protección de la legislación laboral y de la Seguridad Social, identificando el alto cargo con altísimo cargo o *alter ego* del empresario (SALA FRANCO, *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas*, Deusto, 1990, págs. 15 y 16).

⁸⁷ Artículo 1.3.c) ET.

⁸⁸ El Estatuto de los Trabajadores no vino a introducir modificación alguna en la legislación preexistente, pues se limitó a reiterar lo establecido en la Ley de Relaciones Laborales y a repetir el mandato al Gobierno para que desarrollase reglamentariamente esta relación especial. Una vez más, el Gobierno dejó transcurrir el plazo de dieciocho meses previsto en el Estatuto sin aprobar el reglamento, por lo que la Ley 32/1984 tuvo que establecer un nuevo plazo que esta vez sí fue cumplido.

⁸⁹ Así lo ha señalado la STS de 17-6-1993 en relación a un contrato de alta dirección suscrito por la Universidad Complutense de Madrid con una trabajadora: «No hay un concepto especial de relación de alta dirección para las Administraciones públicas y si éstas, en virtud de las normas de Derecho administrativo, no pueden en principio delegar poderes inherentes a la esfera de competencias propias de los órganos superiores, de ello derivarán las correspondientes restricciones en la aplicación de este tipo de contratos, pero sin que en ningún caso sea posible dispensar la concurrencia de algunos de los requisitos que delimitan la alta dirección permitiendo que se califiquen de tales contratos que no cumplen con los requisitos legales.»

empresas asociativas o fundacionales⁹⁰ quedan excluidos de la Seguridad Social, no tienen acceso a la prestación por desempleo, no tienen derecho a la protección del Fondo de Garantía Salarial, y los conflictos que les enfrentan con la empresa corresponden a la Jurisdicción ordinaria. Son, en definitiva, el equivalente, *salvata distantia*, de los funcionarios políticos de la Administración Pública. Lo que ocurre es que el Estatuto de los Trabajadores exige para que se dé esta exclusión del Derecho laboral que el consejero o miembro del órgano de administración limite su actividad a la propia de su cargo, lo que significaría, *sensu contrario*, que si realizase además funciones directivas, quedaría incluido en el ámbito del Derecho laboral. Pero ¿cómo determinar cuáles son las funciones inherentes a estos cargos, y cuáles las propias de la alta dirección?, ¿hay acaso una diferencia cualitativa entre unas y otras o más bien se trata, como señala SALA FRANCO⁹¹, de la distinta dedicación o intensidad con que éstas se llevan a cabo?

Lo cierto es que no existe una definición precisa y concreta de las funciones propias de los consejeros y administradores y que no parece posible dejar a los estatutos sociales que determinen a su propia conveniencia cuáles de sus directivos quedarán excluidos del Derecho laboral. Para mayor desconcierto, la jurisprudencia laboral no ha acertado a establecer criterios uniformes y oscila entre los dos polos opuestos que son, de un lado, ignorar la redacción del Estatuto de los Trabajadores manteniendo que la exclusión del ámbito laboral no está en la clase de funciones que realiza el sujeto sino en la naturaleza del vínculo en virtud del cual las realiza, por lo que el consejero societario no podría estar en ningún caso y con independencia de las funciones que realice sujeto al Derecho laboral⁹²; y, de otro, afirmando la compatibilidad del cargo de consejero o administrador con una relación laboral simultánea cuando las funciones que realice excedan de las inherentes a dicho cargo⁹³.

⁹⁰ En este sentido M.^a Fernanda FERNÁNDEZ y Manuel RODRÍGUEZ PIÑERO, «La relación laboral especial del personal de alta dirección», *Relaciones laborales*, 1988, núm. 5, pág. 15 y ss.

⁹¹ *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas*, cit., pág. 31.

⁹² STS de 29 de diciembre de 1988; STS 18 de diciembre de 1989; STS de 11 de diciembre de 1990; SSTS 18 de marzo y 21 de diciembre de 1991; STS de 7 de abril de 1992; STS 22 de diciembre de 1994 y STS de 4 de julio de 1995.

⁹³ STS 25 de octubre de 1990; STS de 13 de mayo de 1991. Esta última interpretación parece ser la más extendida entre la doctrina (FERNÁNDEZ LÓPEZ y RODRÍGUEZ PIÑERO, ob. cit., pág. 15 y ss., y SALA FRANCO, *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas*, cit., págs. 31 y 32) que, sin embargo, encuentra bastantes dificultades a la hora de precisar criterios objetivos que permitan saber cuándo un consejero o administrador excede las funciones inherentes a su cargo. En todo caso, para admitir la concurrencia de relaciones —mercantil y laboral— en una misma persona es necesario, en opinión de SALA FRANCO, que el consejero

Inmediatamente por debajo de este primer estrato directivo, como decíamos, se encuentran los altos directivos cuya relación con la empresa, basada en la recíproca confianza y en el principio de buena fe que adquiere en ella un carácter predominante⁹⁴, es calificada por el Estatuto de los Trabajadores como relación laboral especial. En contra de lo que pudiera parecer, esta calificación sólo supone la atribución de los conflictos que de ella pudieran derivar a la Jurisdicción social pues, por expreso mandato reglamentario, no serán de aplicación al alto directivo las normas de la legislación laboral común, incluido el Estatuto de los Trabajadores, salvo en aquellos aspectos en que se produzca una remisión expresa en el reglamento regulador⁹⁵ o en el propio contrato de trabajo. Es más, el Derecho laboral común ni siquiera tiene carácter supletorio, pues los aspectos no regulados en el contrato de trabajo o en el propio reglamento quedarán sujetos al Derecho civil o mercantil.

También por mandato reglamentario la voluntad de las partes se erige en norma reguladora de la relación laboral del alto directivo⁹⁶; en consecuencia, el contrato de trabajo adquiere una mayor relevancia que en el Derecho laboral común, pues en el contrato de alta dirección, además del contenido mínimo exigido

realice efectivamente las funciones de un alto cargo directivo y que el trabajo realizado reúna las características típicas de la relación laboral, es decir, la dependencia y la ajenidad, lo que excluye los casos en los que el consejero es titular de toda o una parte del capital en los que actuaría como verdadero empresario, y aquellos otros en los que los administradores no actúen dependientemente del órgano de administración ya que en este último caso habría identidad entre órgano administrador y consejero.

⁹⁴ Como pone de manifiesto Manuel IGLESIAS CABERO (*Relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección*, cit., pág. 31), la buena fe y la confianza aparecen como base de la relación laboral especial, tanto en el aspecto amplio que abarca la conducta de las dos partes como en el unilateral del trabajador. El empresario debe ser consciente del riesgo que asume al poner en manos de otra persona su negocio otorgándole poderes tan amplios que, de llegar a mediar una conducta descuidada o negligente o se faltara al deber de lealtad, podría llevarse la empresa a la ruina y de ahí que la quiebra de la confianza depositada, aun en el grado más leve, sea causa bastante para romper el nexo causal.

⁹⁵ El reglamento contiene remisiones al Estatuto de los Trabajadores en materias como la forma del contrato; forma y efectos del despido disciplinario; causas y procedimientos de extinción; infracciones y sanciones; garantías salariales; suspensión contractual; y prescripción y caducidad de acciones.

⁹⁶ Según establece el artículo 3.1 del Real Decreto, los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral de personal de alta dirección se regularán por la voluntad de las partes, con sujeción a las normas de este Real Decreto y a las demás que sean de aplicación. Por otra parte, las expresas remisiones que el Reglamento realiza a la autonomía de las partes son las siguientes: forma del contrato, período de prueba, duración del contrato; tiempo de trabajo; pacto de concurrencia; pacto de permanencia; pacto de no concurrencia para después de extinguido el contrato; opción por sustitución o suspensión del contrato de trabajo anterior; preaviso por extinción unilateral de contrato por voluntad del alto directivo; indemnización por extinción unilateral por voluntad del alto directivo o por desistimiento unilateral del empresario; opción entre readmisión o indemnización en caso de despido improcedente; y régimen jurídico de faltas y sanciones.

por el reglamento regulador, podrán introducirse cualesquiera otras cláusulas⁹⁷. Si a ello añadimos que los altos directivos no están sujetos a los convenios colectivos estatutarios y, hasta hoy, no se conocen convenios extraestatutarios que les sean aplicables, tendremos una correcta idea de lo que supone en este tipo de relación la autonomía de las partes y es que, en definitiva, la relación laboral del alto directivo sólo está sujeta al reglamento regulador que remite, a su vez, en la mayoría de los aspectos, a lo establecido en el contrato de trabajo⁹⁸.

El RD 1382/1985 establece, pues, para los contratos de alta dirección un régimen jurídico diverso del Derecho laboral común, diversidad que afecta, entre otros aspectos, a la propia duración del contrato, que podrá ser por tiempo indefinido o temporal, sin que tengan que concurrir en este último supuesto las causas previstas en el Estatuto para la contratación temporal; al período de prueba, que podrá o no pactarse en los contratos indefinidos con el único límite de que no supere los nueve meses de duración; a las condiciones de trabajo y remuneración, que se remiten a la voluntad de las partes; a las faltas del alto directivo, cuyo plazo de prescripción es de un año, con independencia de que éstas sean leves, graves o muy graves⁹⁹, etc.

⁹⁷ Según el artículo 4.2 del Real Decreto 1382/1985, el contenido mínimo del contrato es el siguiente: la identificación de las partes; objeto del contrato; retribución convenida con especificación de sus distintas partidas en metálico o en especie; la duración del contrato y las demás cláusulas que se exijan en este RD. Como señala ALEMANY (*La relación laboral del directivo*, Madrid, 1994, págs. 43 y ss.), las cláusulas más usuales son la descripción del cargo a desempeñar y la dependencia jerárquica a que está sometido el alto directivo; el período de prueba; dedicación exclusiva; jornada de trabajo; pacto de no concurrencia; en la retribución se suele incluir *bonus* por objetivos, vehículo, gastos de desplazamiento y representación; gastos de traslado y asentamiento; alojamiento, escolaridad, seguro de vida; complemento de pensión, asesoramiento fiscal; y la cláusula de blindaje o indemnización por extinción del contrato por voluntad del empresario.

⁹⁸ SALA FRANCO, ob. cit., pág. 21. Precisamente en atención a las dos peculiaridades que acabamos de relatar: aplicación supletoria de la legislación civil y mercantil y exaltación de la autonomía de la voluntad frente a la regulación estatal, la doctrina laboralista (MONTROYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, 8.ª ed., Madrid, 1987, págs. 478 y 479; ALEMANY ZARAGOZA, *La relación laboral del directivo*, Madrid, 1994, pág. 23; SALA FRANCO, *La relación laboral de los altos cargos*, cit., pág. 19) coincide en considerar la alta dirección como una relación «semilaboral». Es más, como señala Eduardo ALEMANY ZARAGOZA, la regulación de esta relación laboral especial choca con el espíritu del Derecho de Trabajo habida cuenta de la acción tuitiva que lo caracteriza, y ello porque el legislador entiende que los altos cargos no necesitan de la protección de un trabajador ordinario, lo que viene a confirmar el retraso en la elaboración del Reglamento de desarrollo y la introducción de la figura del desistimiento que sitúa al directivo en una posición de inseguridad y al albur de la decisión del empresario de poner fin a la relación laboral sin necesidad de justificación.

⁹⁹ Como señala ALEMANY (ob. cit., pág. 87), es muy difícil en la práctica que un directivo sea objeto de una sanción de suspensión de empleo y sueldo o penalización similar, pues dada la entidad y responsabilidad de sus funciones los incumplimientos vendrán referidos a una transgresión de la buena fe contractual o abuso de confianza que motivarán la falta de confianza y la rescisión del contrato.

Especial importancia reviste además la regulación reglamentaria de la prohibición de competencia y de las formas de extinción de esta relación laboral especial. En cuanto al primer aspecto, el Reglamento establece la dedicación exclusiva del trabajador que no podrá celebrar, salvo autorización expresa en contrario, contratos de trabajo con otras empresas y permite que en el contrato de trabajo se pacte, para después de extinguida la relación laboral, la limitación de la actividad laboral o empresarial del trabajador; pacto que, sin embargo, se sujeta a una serie de límites o condiciones, como son el efectivo interés industrial o comercial del empresario en ello, la existencia de una compensación económica en favor del alto directivo y que esta limitación no sobrepase el tiempo de dos años¹⁰⁰.

En lo que afecta a la extinción del contrato, interesa especialmente la figura del desistimiento del empresario como causa extintiva de la relación laboral, novedad sin parangón en el Derecho laboral, pues el empresario puede libérrimamente decidir la rescisión unilateral del contrato sin justificación ni causa alguna ya que ni se establece con carácter previo la audiencia del interesado ni, *a posteriori*, se exige la expresión de las causas de la decisión adoptada¹⁰¹. La justificación de esta medida es de nuevo la buena fe y la confianza en que se basa la relación de alta dirección; si por cualquier causa ésta falta, nada hay que justifique la continuidad de la relación laboral¹⁰². Para compensar en cierta forma la inseguridad

¹⁰⁰ Como señala SALA (ob. cit., pág. 53), las razones que justifican una regulación en este punto más restrictiva que la del Estatuto de los Trabajadores que sólo prohíbe la competencia desleal se encuentran en la base misma de la alta dirección, es decir, en la recíproca confianza entre las partes, pues lo que se pretende combatir es la utilización de una serie de conocimientos sobre la empresa en favor de la competencia; se presume por esta razón que en el caso de alto directivo toda competencia es desleal.

¹⁰¹ Como es sabido, el Derecho laboral común no reconoce a la sola voluntad del empresario capacidad para extinguir la relación de trabajo; es necesario alegar alguna de las causas tasadas por el Estatuto, es decir, las relacionadas con la persona del trabajador (despido disciplinario), o con circunstancias objetivas que afectan a su capacidad profesional (extinción por causas objetivas), o con causas relacionadas con el funcionamiento de la empresa (económicas, técnicas, organizativas y productivas que puedan dar lugar a despidos colectivos o individuales y la fuerza mayor), o, por último, relacionadas con la personalidad del empresario (muerte, jubilación, incapacidad y extinción de la personalidad jurídica del empresario).

¹⁰² Señala ALEMANY (ob. cit., págs. 108 y 109) que esta causa de extinción nada tiene que ver con la conducta o comportamiento personal del alto directivo que suponga el incumplimiento de sus obligaciones, de modo que la elección por la empresa de esta causa de extinción no tiene significación peyorativa para el empleado que por tal motivo tiene derecho a percibir las indemnizaciones pactadas y en su defecto las legalmente previstas. Por otra parte, el propio Tribunal Constitucional (Ss. de 5 de octubre de 1983 y 16 de enero de 1986) ha consagrado este tratamiento tan riguroso de los altos directivos en relación con los trabajadores sujetos al régimen común que no considera que revista discriminación, pues «toda vez que existe una diferencia notoria entre el conjunto del personal que ocupa cargo de alta dirección dentro de una empresa y que las razones, especialmente el vínculo de necesaria confianza entre el

laboral que esta medida supone, el alto directivo cesado de esta forma tiene derecho a la indemnización prevista en el Real Decreto o, en su caso, la pactada en el contrato de trabajo; curiosamente, la indemnización reglamentariamente prevista es muy baja, tanto que para que un alto directivo pudiera percibir una indemnización equivalente a lo que recibiría cualquier trabajador sujeto a la legislación laboral general que hubiera prestado sus servicios durante un año, el alto cargo debería haber permanecido en la misma empresa más de seis años¹⁰³. Por ello, es práctica frecuente que empresario y alto directivo pacten una indemnización superior a la reglamentariamente prevista para el caso de desistimiento unilateral del empresario o, incluso, para cuando la extinción se produzca por despido disciplinario si éste es declarado improcedente o nulo; en ello precisamente consiste el «blindaje», término que hace alusión únicamente al pacto sobre la indemnización que procedería en caso de rescisión del contrato y que no hay que confundir con otros beneficios, a veces atípicos, como mejoras salariales en especie que suelen conllevar a menudo los contratos de alta dirección¹⁰⁴.

empresario y el trabajador de alta dirección en que el tratamiento jurídico diferente se funda, presentan una justificación claramente atendible por dirigirse a la protección de bienes jurídicos dignos de tutela» (IGLESIAS CABERO, ob. cit., pág. 93).

¹⁰³ ALEMANY, ob. cit., pág. 112.

¹⁰⁴ ALEMANY, ob. cit., pág. 46. La regulación de la extinción de la relación laboral de alta dirección es bastante más amplia de lo hasta aquí expuesto. Así, el Real Decreto distingue entre los supuestos en los que la extinción se produce por voluntad del empresario y aquellos otros que lo son por deseo del trabajador. A diferencia del desistimiento del empresario, el despido del alto directivo tiene un carácter causal, es decir, se basa en el incumplimiento grave y culpable del trabajador y está equiparado al despido en las relaciones laborales comunes, aun cuando la doctrina entiende que, a falta de remisión expresa al Estatuto de los Trabajadores, las causas tasadas de incumplimiento en él reguladas no son aplicables a los altos directivos y que cualquier incumplimiento grave y culpable puede ser causa de despido alegando la especial importancia de la buena fe contractual (ALEMANY, ob. cit., pág. 96). Sin embargo, los Tribunales hacen una interpretación amplia de la legislación y aplican por analogía las previsiones del artículo 54.2 del Estatuto. Cuando el despido por esta causa se considere procedente el trabajador no tendrá derecho a indemnización ni a salarios de indemnización, mientras que, de declararse improcedente, el empresario deberá abonar al alto directivo, a falta de pacto expreso, una indemnización de veinte días de salario en metálico con el tope máximo de doce mensualidades. Hay que tener en cuenta, además, que en los contratos de alta dirección los despidos improcedentes aparecen equiparados a los despidos nulos tanto por la indemnización que corresponde a los directivos como por la imposibilidad de imponer al empresario la readmisión en caso de que el despido sea declarado nulo judicialmente, pues ello sería contrario a la confianza mutua que caracteriza las relaciones de alta dirección (IGLESIAS CABERO, ob. cit., págs. 97 y ss.).

Pero la relación contractual puede también extinguirse por voluntad del alto directivo, en cuyo caso se exige un período de preaviso inexistente en el Estatuto de los Trabajadores, que se justifica una vez más en la responsabilidad del cargo y el deber de buena fe. No obstante, cuando la renuncia del directivo esté basada en el incumplimiento del empresario (falta de pago o retraso continuado en el abono del salario pactado; las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional; cualquier otro

Pero no toda la función directiva puede considerarse «alta dirección». Por debajo de los altos directivos se sitúan los demás directivos que, a diferencia de los primeros, están sujetos al Derecho laboral común. De ahí la importancia de fijar con claridad la línea divisoria entre ambos tipos de personal, de lo que dependerá, si no la jurisdicción competente, que en ambos casos es la social, sí, al menos, el derecho material aplicable. Lo cierto es que el Estatuto de los Trabajadores ni ofrece una definición de la «alta dirección» ni establece unos mínimos criterios para distinguirla de la «media o baja dirección», lo que significa la total libertad del Gobierno para definir por vía reglamentaria esta exclusión del Derecho laboral común que vulnera, como señala BORRAJO DACRUZ¹⁰⁵, la reserva legal del artículo 35.2 CE para la regulación de los derechos y deberes de los trabajadores. En uso de esta libertad dudosamente constitucional, el Real Decreto 1382/1985 que regula el contrato de alta dirección ha optado por un concepto restrictivo del personal de alta dirección al que define como «los trabajadores que ejercen poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma con autonomía y plena responsabilidad, sólo limitados por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupen aquella titularidad». Quedan así excluidos del personal de alta dirección los directivos cuyos poderes no sean los inherentes a la titularidad de la empresa que implican fundamentalmente la capacidad de llevar a cabo actos y negocios jurídicos en nombre de la empresa, de realizar actos de disposición patrimonial y de obligar a la empresa frente a terceros, o aquellos cuyos poderes estén territorial o funcionalmente limitados¹⁰⁶, o los que no dependan directamente del empresario, es decir, que puedan recibir órdenes de un tercero en el que éste

incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales por parte del empresario salvo los casos de fuerza mayor; y la sucesión de empresa o cambio de titularidad que tenga por efecto una renovación de los órganos rectores) no será necesario el preaviso y el directivo tendrá derecho a las indemnizaciones pactadas o, en su caso, a las previstas por el Real Decreto para el desistimiento de empresario (siete días de salario en metálico por año de servicio con el límite de seis mensualidades).

¹⁰⁵ *Altos cargos laborales*, cit., págs. 64 y 65.

¹⁰⁶ Frente a esta interpretación de SALA FRANCO (ob. cit., pág. 34), Eduardo ALEMANY (*La relación laboral del directivo. Contratación y extinción. El contrato blindado*, cit., pág. 35) mantiene que tendrían cabida en esta calificación aquellos otros trabajadores que asuman altas funciones directivas en sectores específicos del tráfico empresarial, pues el reglamento hace alusión a la intensidad del poder y no a su extensión territorial o funcional, de forma que en sectores concretos de la empresa puede desplegarse la actividad del alto directivo cuya función consiste en definitiva en la participación e intervención en la dirección y gobierno de la empresa.

delegue¹⁰⁷, o, por último, aquellos que no ejerciten en la práctica los poderes que tienen encomendados. En otras palabras, el Reglamento está pensando en un único alto directivo, en el *alter ego* del empresario, puesto que en caso contrario, como señala SALA¹⁰⁸, o faltaría el apoderamiento general o faltaría la dependencia directa del empresario sin intermediario, lo que no parece encajar en la empresa moderna, de mayor complejidad, en la que se exige una descentralización de la dirección general en direcciones técnicas por sectores o por centros territoriales que, sin tener una completa autonomía, toman bajo su responsabilidad decisiones propias de la titularidad de la empresa¹⁰⁹. Esta definición tan restrictiva del personal de alta dirección que parece confirmar la jurisprudencia laboral¹¹⁰ y que ha tratado de salvarse

¹⁰⁷ La alta dirección, como señala BORRAJO («La nueva regulación de la relación laboral especial del personal de alta dirección», en *Documentación Laboral*, 1985, pág. 20), es una delegación de primer grado, con lo que se excluyen los puestos siguientes en la cadena de mando, es decir, los delegados de los delegados.

¹⁰⁸ SALA FRANCO, *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas*, pág. 29.

¹⁰⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ y RODRÍGUEZ PIÑERO, cit., pág. 18.

¹¹⁰ Así, la jurisprudencia ha considerado que son, entre otros, altos directivos: el director técnico que ejerce las funciones de director general de fabricación y está sometido directamente al consejero delegado de la empresa (STS de 14 de mayo de 1987); el consejero delegado que desempeña el proceso comercial de una sociedad anónima a nivel nacional (STS de 14 de mayo de 1987); el director de cooperativa (STS de 14 de octubre de 1987); el director de una publicación periódica (STS de 30 de enero de 1990); el director de *marketing* de una empresa cuyo objeto social es la venta por catálogo, por cuya causa detenta su superior dirección inmediatamente después del Consejo de Administración (STS de 20 de marzo de 1990); el capitán de barco (STS 30 de abril de 1990); el gerente de una empresa cuya dependencia funcional lo es respecto de los consejeros delegados y no del consejo de administración de la sociedad y sus funciones son ejercidas en coordinación con otro directivo (STS 17 de enero de 1972); el director general de una empresa (STSJ de Madrid de 13 de febrero de 1992); el entrenador y seleccionador del equipo nacional de fútbol (STSJ de Madrid de 16 de marzo de 1992); el gerente de una cooperativa (STSJ de Canarias de 21 de abril de 1992); el director de hotel a diferencia del director de un parador de turismo (STSJ de Castilla y León de 24 de noviembre de 1992). Por el contrario, no se consideran altos directivos: el director de un centro médico cuando la actividad que desarrolla es meramente sanitaria (STS 11 de marzo de 1989); el director gerente de una caja rural provincial que no desempeña funciones que supongan libertad de iniciativa en la dirección del negocio (STS 26 de junio de 1989); el administrador gerente de un centro hospitalario que ejerce el mando de una unidad administrativa (STS de 10 de noviembre de 1989); el jefe administrativo de zona de RENFE (STS de 21 de marzo de 1990); el jefe de máquinas de un buque (SSTSS de 11 de abril de 1990 y 22 de mayo de 1990); quien ejerce amplias facultades circunscritas a una delegación o centro de trabajo y limitadas por su obligada coordinación con las que ostenta el cargo de director técnico (STS de 26 de abril de 1990); el director médico sometido a la junta del hospital y a la gerencia (STSJ de Madrid de 7 de marzo de 1991); un jefe de sucursal bancaria (STSJ de la Comunidad Valenciana de 25 de octubre de 1991); el Jefe de Giras del Teatro Nacional (STSJ de Madrid de 21 de noviembre de 1991); el director de la delegación de una empresa (STSJ de Madrid de 20 de enero de 1992); gerente cuyos poderes se limitan a un sector específico de la actividad de la empresa (STSJ de Cataluña de 11 de febrero de 1992); el director regional salvo que se pruebe la amplitud de sus poderes, facultades, autonomía y responsabilidad (STSJ de Madrid de 14 de octubre de 1992) (Juan CARRERA GIRAL y Enrique CARRERA LÁZARO, *Los altos cargos de la empresa. Doctrina jurisprudencial*, Barcelona, 1994).

en algún caso con la modificación por simple norma reglamentaria, para dar cabida en este concepto, a través de su ampliación, a trabajadores que, en principio, no reunían las características exigidas por el Reglamento regulador¹¹¹, ha provocado en la práctica una tendencia creciente hacia la «individualización» de las relaciones laborales comunes de los trabajadores directivos de las empresas, o, dicho de otra forma, a la exclusión de los convenios colectivos del personal de mediana y baja dirección a fin de poder establecer singularmente en cada contrato las condiciones retributivas y de trabajo que de otra forma se verían limitadas por lo pactado en el convenio¹¹². Además, aunque menos frecuentemente, se ha recurrido a la inclusión en los contratos del personal de mediana o baja dirección de indemnizaciones superiores a las previstas en el Estatuto de los Trabajadores para los casos de extinción de la relación contractual. Y nada hay en el Derecho laboral que impida el blindaje de los contratos laborales comunes pues, si como razona ALEMANY¹¹³, el principio inspirador básico de las relaciones laborales es la autonomía de las partes soberanas para fijar las condiciones de sus contratos, para decidir sus reclamaciones, para negociar normas de obligado cumplimiento como se produce en la negociación colectiva, es impensable que esta libertad pudiera verse cercenada en el momento de pactar el contrato de un trabajador cuando sea un alto cargo.

V. LOS INCONVENIENTES DE LA ADMISIÓN DE CONTRATOS BLINDADOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

De la mano del Derecho laboral han llegado los contratos blindados a la Administración Pública. Según datos del Ministerio de la Presidencia, los únicos disponibles pues, como es sabido, los contratos no son públicos y por lo tanto sus términos sólo

¹¹¹ Ejemplo de ello es el Real Decreto 521/1987, sobre Hospitales del Insalud, dictado en uso de la autorización concedida por la Ley de Presupuestos de 1992 para modificar el artículo 10 de la Ley de Hospitales de 21 de julio de 1962, que contemplaba la dirección de los mismos por funcionarios integrantes de la plantilla. Pues bien, este Decreto excluye de las plazas de dirección al personal integrante de los centros, servicios y establecimientos sanitarios gestionados por el Insalud y confía su dirección a trabajadores unidos a la Administración por una relación laboral que el propio Decreto califica de alta dirección, excusándoles así de la exigencia contenida en el RD 1382/1985 de poderes «relativos a los objetivos generales de la empresa» (MORELL OCAÑA, *El sistema de la confianza política en la Administración Pública*, cit., pág. 112).

¹¹² SALA, ob. cit., pág. 33.

¹¹³ Ob. cit., pág. 47.

son conocidos por las partes, son al menos sesenta y cinco los contratos «blindados» suscritos por la Administración General del Estado con altos cargos (Ministros, Secretarios de Estado, Subsecretarios, Directores Generales y asimilados), mientras que en la Administración institucional los contratos blindados han proliferado en las sociedades estatales del artículo 6 de la Ley General Presupuestaria pues se han reconocido al menos doscientos en los Entes públicos RENFE, FEVE, TVE, RNE, Fábrica Nacional de la Moneda y Timbre, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Aeropuertos Nacionales, Consorcio de Compensación de Seguros, Instituto Cervantes, y el Centro de Desarrollo Tecnológico e Industrial e Hispasat, y las sociedades Telefónica, Tabacalera, Iberia, Argentaria, etc.¹¹⁴.

Se deduce de estos datos una primera conclusión a todas luces obvia: los contratos blindados han hecho su aparición no sólo en los entes públicos y sociedades mercantiles cuyo personal en bloque se sujeta al Derecho privado, sino también en la Administración central y Organismos autónomos cuyo personal está regulado en la Ley 30/1984, de Reforma de la Función Pública. Analicemos, pues, por separado ambos supuestos.

En los entes públicos que se rigen por el Derecho privado, en la triple variante de sociedades mercantiles de capital público, entes públicos que por ley se sujetan al Derecho privado o entes apátridas del artículo 6.5 de la Ley General Presupuestaria, la utilización de los contratos blindados se presenta como la consecuencia lógica de la aplicación del Derecho laboral sin más modulación que la que puedan introducir sus respectivas normas reguladoras.

Desde la mera legalidad no habría, pues, inconveniente alguno para la formalización de contratos de alta dirección con cláusulas de blindaje en este sector público siempre que éstos se adecuaran a los límites establecidos en el Real Decreto 1382/1985 que los regula, como tampoco plantea especiales problemas la admisión de contratos blindados para el personal de mediana o baja dirección. No hay que olvidar el papel determinante que la voluntad de las partes tiene encomendado en el Derecho laboral, pues no en vano las leyes laborales contienen en su mayoría normas de mínimos o máximos necesarios que siempre podrán ser mejorados o en su caso empeorados por la autonomía colectiva o individual. En aras del principio dispositivo que

¹¹⁴ Estos datos proceden del propio Ministro, en respuesta a la pregunta parlamentaria formulada el 17 de agosto de 1993 por el Diputado Antonio Romero: ¿Cuántos contratos de trabajo denominados blindados se han efectuado por la Administración central y el Instituto Nacional de Industria? (*Revista Dinero*, núm. 532, nov. 1993).

imperera en el Derecho privado sería incluso posible pactar con los miembros de los órganos rectores de los entes públicos en cuestión una indemnización para cuando se acordara su remoción, aunque en este caso el contrato blindado ya no sería un contrato laboral sino que estaría sujeto al Derecho civil o mercantil si el ente tuviera forma societaria.

Pero desde la perspectiva constitucional la admisión de los contratos blindados en entes públicos y sociedades mercantiles de capital público plantea dificultades desde el momento en que muchos de ellos tienen encomendado el ejercicio de verdaderas funciones públicas, lo que conduce a la cuestión previa de la inconstitucionalidad de la aplicación del Derecho privado a las actividades que nada tienen de empresariales o industriales, cuestión a la que me he referido en otras ocasiones ¹¹⁵. Además, desde la responsabilidad política que la Constitución atribuye al Gobierno por el funcionamiento del sector público (art. 97 CE), podría objetarse que ésta se ve impedida por la limitación efectiva de la facultad de dirección que supone el blindaje de los contratos de los altos cargos de entes y sociedades públicas, blindaje que produciría plenos efectos no sólo frente a futuros gobiernos sino frente al mismo Gobierno que los ha nombrado y decide revocar la confianza en ellos depositada. Ciertamente es que el blindaje no impide la libre remoción de los altos cargos y directivos de las empresas, pero no lo es menos, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1992 ¹¹⁶, que esta libertad queda sustancialmente coaccionada cuando su ejercicio se sujeta al pago de una indemnización. ¿Es posible aceptar esa coacción frente a la que debe ser libre remoción de altos cargos en el sector público?

Mayores problemas aún que en los entes públicos descentralizados sujetos en mayor o menor medida al Derecho privado plantea la existencia de contratos blindados en la Administración General del Estado y sus Organismos autónomos donde por expresa previsión legal el Derecho laboral tiene una aplicación limitada. Estos blindajes, sin embargo, han hecho su aparición no sólo en el primer nivel directivo, el de los «funcionarios políticos», sino también en el segundo nivel de dirección de la

¹¹⁵ «La crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional», en el libro de CHINCHILLA LOZANO y DEL SAZ, *Nuevas perspectivas de Derecho Administrativo. Tres estudios*, Madrid, 1993, y «La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas», *RAP*, núm. 133, págs. 57 y ss.

¹¹⁶ Esta sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo declara la ilicitud de la cláusula en virtud de la cual la Sociedad ha de indemnizar al Consejero delegado por acordar su remoción, por suponer un condicionamiento a la libre facultad del Consejo para regular su funcionamiento.

Administración tradicionalmente encomendado a los funcionarios de carrera.

Sin embargo, en nuestra opinión, con mayor razón aún que en los casos anteriores, el contrato blindado no tiene cabida en ese primer escalón directivo ocupado por los denominados funcionarios «políticos» que, a diferencia de los funcionarios de carrera, lo son en función de la confianza política en ellos depositada y, por tanto, su nombramiento y cese son totalmente discrecionales¹¹⁷. Ni siquiera en el caso de que una norma con rango de ley lo autorizara podría admitirse que un cargo político, un Director general, por ejemplo, o su equivalente en un Organismo autónomo, suscribiera un contrato laboral de alta dirección en el que se reconociera una indemnización para cuando fuese cesado. Y no es admisible porque la libre remoción de los cargos públicos así contratados se vería condicionada por la necesidad de abonar la indemnización pactada en cada caso con el propio trabajador o, en su ausencia, la prevista en el Reglamento regulador de las relaciones de alta dirección, lo que resultaría incompatible con el principio de la confianza política que está en la base de esta relación. En todo caso, carece de justificación práctica abandonar la relación estatutaria, acorde con el principio de confianza política que la inspira, y que permite la definición unilateral del estatuto de funcionario político, por una relación laboral contractual que poco sirve a dicha confianza en cuanto que dificulta, cuando no impide, la libre remoción de los así nombrados.

Por las razones expuestas tampoco tienen cabida, en nuestra opinión, los contratos blindados en el nivel que la Ley 30/1984 reserva a los funcionarios eventuales. Según establece el artículo 20.2, los puestos que impliquen funciones expresamente calificadas de confianza o de asesoramiento especial podrán ser cubiertos por personal eventual cuyo libre nombramiento y cese corresponderá a los Ministros y Secretarios de Estado y, en su caso, a los Consejeros de Gobierno de las Comunidades Autónomas y a los Presidentes de las Corporaciones locales; en todo caso este personal cesa automáticamente cuando cesa la autoridad a la que presta su función de confianza o asesoramiento.

La sustitución de esta relación estatutaria, unilateralmente definida por las normas, por un contrato blindado constituiría, en primer lugar, un fraude de ley pues impediría el ejercicio de

¹¹⁷ Luis MORELL OCAÑA, *El sistema de la confianza política en las Administraciones Públicas*, pág. 62.

la facultad del alto cargo de cesar libremente y sin condiciones al trabajador así contratado. Pero no es éste el único obstáculo; el artículo 15 de la Ley 30/1984 establece los supuestos tasados en los que puede recurrirse a la contratación laboral y en ninguno de ellos tienen cabida las funciones de especial confianza o asesoramiento; la contratación laboral, blindada o no, sería en consecuencia ilegal para este tipo de puestos. En tercer lugar, para poder contratar a un alto directivo en el puesto que podría ser desempeñado por un funcionario eventual sería necesario que las funciones a éste encomendadas coincidieran con las previstas en el Reglamento regulador de las relaciones de alta dirección y resulta más que dudoso que las funciones de especial confianza y asesoramiento a las que se refiere el artículo 20.2 de la Ley 30/1984, supongan el ejercicio de facultades inherentes a la titularidad de la empresa, como son la de realizar actos de disposición patrimonial, posibilidad de obligar a la Administración frente a terceros, etc.

En los demás niveles directivos de la Administración y de sus Organismos autónomos los contratos blindados, como en general los contratos laborales, deben sujetarse a lo establecido en el artículo 15 de la Ley 30/1984, de Reforma de la Función Pública, que establece los puestos que podrán desempeñarse por contratados laborales: los no permanentes, oficios, puestos instrumentales y de mantenimiento de edificios, funciones administrativas en el extranjero, funciones auxiliares de carácter instrumental o apoyo administrativo y los puestos correspondientes a áreas que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan cuerpos de funcionarios. Ninguno de ellos, ni siquiera el último mencionado que parece estar pensado para aquellas áreas relacionadas con las nuevas tecnologías, hace referencia a la función directiva que, en la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras de la Seguridad Social y cualesquiera otros entes públicos como las Universidades cuyo personal se sujete a la Ley 30/1984, está reservada a los funcionarios de carrera. En resumen, en este nivel directivo no cabe la contratación laboral y, por consiguiente, los contratos blindados resultarían, en nuestra opinión, contrarios a la legalidad ordinaria. No hay que olvidar que el término contrato blindado hace referencia a cualquier contrato laboral que incluya entre sus cláusulas una indemnización superior a la prevista legalmente para el caso de extinción de la relación laboral. Por ello, aunque los contratos blindados suelen ser contratos de alta dirección o, en algún caso, contratos laborales comunes de personal de mediana y baja dirección, nada impide a la Administración pactar con

cualquier trabajador, sea cual sea su categoría, el blindaje de su contrato. De ahí que hoy puedan encontrarse en la Administración contratos blindados incluso por debajo de los estratos directivos sin que a ello, por desgracia, puedan oponerse razones de legalidad.

El escándalo originado en la opinión pública por las noticias sobre existencia de contratos blindados en el sector público llevó al Gobierno, en la reunión del Consejo de Ministros de 17 de diciembre de 1993, a aprobar un Acuerdo con el que se limitaban las cuantías de las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo de los altos cargos y personal directivo del sector público estatal. Pero con esta medida el problema no estaba definitivamente resuelto¹¹⁸. Aunque el citado acuerdo limita *pro futuro* —a partir del 1 de enero de 1994— las indemnizaciones de altos cargos y personal de alta dirección y prohibía que los contratos del personal de media y baja dirección estableciesen indemnizaciones superiores a las previstas en el Estatuto de los Trabajadores, esta medida no se justificaba, como hubiera sido deseable, en consideraciones de legalidad sino de oportunidad política; la coyuntura económica y la contención del gasto público junto con la necesidad de establecer una cierta uniformidad en el sector público eran, por desgracia, las únicas razones en las que el Preámbulo del Acuerdo justificaba esos límites al blindaje de los contratos del sector público.

Por otra parte, llama la atención que esta limitación se impusiera por un «acuerdo» de valor jurídico incierto; ¿tiene acaso un valor normativo equivalente o se trata de una simple recomendación sin carácter vinculante? Aunque reducido al sector público, el Acuerdo en cuestión hay que entender modificaba, de un lado, el Real Decreto 1382/1985 que regula las relaciones de alta dirección, al limitar la libertad de las partes a la hora de fijar la indemnización en caso de desistimiento del empresario;

¹¹⁸ Este acuerdo establece las instrucciones y criterios a los que habrán de ajustarse los pactos y cláusulas contractuales en los casos de extinción del contrato de trabajo limitando sus cuantías de la forma siguiente: en la Administración General del Estado y Organismos autónomos las indemnizaciones se reducirán a siete días de salario por año de servicio con un máximo de seis meses, la misma prevista en el Reglamento regulador de los contratos de alta dirección. En las Entidades de Derecho público del 6.1.b) de la LGP, se suprime cualquier indemnización por el cese en los puestos de presidente, vicepresidente, director general y cargos que estén asimilados a la condición de alto cargo, y para el personal de alta dirección las cuantías se limitarán a la indemnización prevista en el Estatuto de los Trabajadores para el despido improcedente, no pudiendo exceder de doce mensualidades. Por último, en las sociedades mercantiles las indemnizaciones de los altos cargos sólo podrá ser la equivalente a la prevista en el ET para los despidos improcedentes y para el resto de su personal de alta dirección las cuantías máximas serán fijadas por sus propios órganos rectores, aunque en ningún caso podrán superar doce mensualidades.

de otro, este acuerdo trocaba el carácter de norma mínima que revisten las indemnizaciones por despido en el Estatuto de los Trabajadores y le otorga el carácter de norma imperativa, lo que choca directamente con el papel que el Derecho laboral reconoce a la autonomía de la voluntad. Por aplicación del principio de jerarquía normativa el Acuerdo debía, pues, haber revestido forma de ley o en todo caso de Real Decreto. En todo caso, con independencia del valor jurídico que se le atribuya, el Acuerdo ha mostrado su inutilidad en la práctica. Así lo corrobora la habilitación que contiene el artículo 115 de la Ley 13/1996, de acompañamiento de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1997, para que la provisión de los órganos de dirección de los centros, servicios y establecimientos sanitarios se efectúe conforme al régimen laboral de alta dirección previsto en el Real Decreto 1382/1985, sin que se contemple particularidad alguna en el régimen de indemnizaciones.

