

# El recurso al Derecho privado en los sistemas de personal de las Administraciones Autonómicas y de las Corporaciones locales

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN. II. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ESTADO-COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚBLICA, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA RELACIÓN CONTRATACIÓN LABORAL *VERSUS* FUNCIONARIAL EN LAS ADMINISTRACIONES AUTÓNOMICAS. 1. Previsiones constitucionales y estatutarias en materia de función pública. 2. Normativa estatal reguladora del reparto competencial y sus previsiones sobre las exigencias de contratación bajo el régimen funcionarial o laboral. 3. La problemática suscitada como consecuencia de la STC 99/1987, de 11 de junio. La generalización de una interpretación pro funcionarial de esta STC. 4. Modificaciones legislativas consecuencia de este pronunciamiento constitucional. 5. El reflejo en la normativa autonómica de la STC 99/1987. 6. Una consideración conclusiva sobre la experiencia autonómica en esta materia. III. LA REGULACIÓN JURÍDICA EN EL RÉGIMEN LOCAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y DE LA CONTRATACIÓN LABORAL. 1. Una cuestión previa en torno a la competencia para la regulación del empleo público local. 2. La regulación de la función pública y de la contratación laboral en la Ley de Bases de Régimen Local y en la normativa de Función Pública. 3. El sistema de fuentes en la regulación del empleo público local. 4. La normativa autonómica en esta materia. 5. La problemática característica de la Función Pública local. 6. Consideración final.

## I. INTRODUCCIÓN

El recurso al Derecho privado en los sistemas de personal de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales es una cuestión de plena actualidad. Esto no se debe a la peculiaridad de esta problemática en esas Administraciones, sino al debate que de forma generalizada se está produciendo sobre el mercado de trabajo. Es más, el Derecho privado o el público en la contratación de personal al servicio de las Administraciones públicas vuelve a plantearse no como un problema sustantivo de la organización administrativa, sino como un aspecto del debate sobre el mercado de trabajo. La sociedad parece contemplar como discriminatorio que las Administraciones públicas en tanto que empleadoras no ajusten su actividad a los mismos criterios que los demás intervinientes en el mercado. A las Administraciones públicas no les afectan las reformas del mercado de trabajo en la actividad privada o la denominada precarización de las relaciones laborales, a no ser que se entienda así el alto grado de contratados interinos, en especial en algunos sectores como la sanidad o la enseñanza<sup>1</sup>. Las modificaciones en la comprensión del Derecho del trabajo, donde no se reconoce con la misma rotundidad el principio de *in dubio pro operario*, se reafirma la autonomía individual frente a la colectiva en la determinación de las relaciones de trabajo, etc., han llevado a plantear la reconceptualización del Derecho del trabajo como un «nuevo modelo a armar»<sup>2</sup>, no se trasladan, *servata distantia*, a la función pública. En una época en la que la reforma de la Administración, de las formas de gestión, se presenta como un reto inevitable, al que todas las Administraciones dedican atención, la cuestión de la función pública no recibe un tratamiento suficiente, cuando, como es sabido, la política de gestión de personal es un instrumento inevitable y primordial en cualquier planteamiento de reforma de la Administración pública. Desde fuera del ámbito de la Administración se ha puesto énfasis en esta cuestión al señalarse el problema del «funcionariado vitalicio»<sup>3</sup>, con todas las ventajas de que disfruta sobre el resto de

<sup>1</sup> La precariedad en estos casos se convierte, en la mayoría de los casos, en un «demérito» que se le hace padecer al contratado, por lo que posteriormente se realiza una oposición o concurso-oposición en la que los interinos dejan poco espacio para que los opositores libres puedan acceder a una plaza. De esta forma la precariedad del interino se convierte, con frecuencia, en privilegio frente al opositor libre.

<sup>2</sup> BAYLOS, Antonio, *Derecho del Trabajo: un modelo para armar*, Trotta, Madrid, 1991.

<sup>3</sup> En una reciente publicación, que ha tenido una acogida importante por la opinión pública, HIDALGO, Diego, *El futuro de España*, Taurus, Madrid, 1996, señala, entre los problemas más graves a que deberá dar respuesta la sociedad, los siguientes: la convergencia hacia Europa, el

los mortales, mientras que en estudios de reforma de la Administración pública<sup>4</sup> o en los programas de los partidos se realiza una escasa consideración de la problemática del empleo en las Administraciones públicas<sup>5</sup>.

El estudio de las formas de Derecho privado a que se acogen las Administraciones autonómicas o locales en la contratación de sus asalariados se puede realizar desde tres ópticas fundamentales. Una cercana al *management*, a la gestión de personal como técnica, donde se busca el modelo «más adecuado». Con frecuencia se ven trabajos que tratan a la Administración pública como si fuese una empresa, sin considerar los condicionamientos que los propios fines del Estado provocan. La segunda sería el análisis cuantitativo, empírico, de la realidad tal cual es y con independencia de lo que digan las normas. La tercera, finalmente, consistiría en analizar la normativa en vigor. Esta última es la línea de análisis que se va a seguir, comenzando por el dictado del propio texto constitucional de 1978.

La Constitución de 1978 contiene dos tipos de normas sobre función pública. Unas sustantivas, que se refieren a la condición del funcionario. Así, el artículo 103.3 donde se dice que la «ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones». Este precepto está directamente vinculado con el artículo 23.2 de la CE y con el propio artículo 103.2 del mismo texto. Estas normas sustantivas tienen una gran trascendencia pues, como habrá ocasión de

---

Magreb y el Islam, el desempleo, las pensiones y el déficit presupuestario, la educación superior y el funcionariado vitalicio (véanse págs. 215 y ss.). Este autor pone de manifiesto cómo en una época en la que el número de empleados en el sector privado se reducía de 7.404.200 a 6.561.000, en el sector público se pasaba de 1.289.000 asalariados en 1976 a 2.048.000 en 1994.

<sup>4</sup> Véase en este sentido el documento publicado por el Gobierno Vasco titulado *Una estrategia para la racionalización y mejora de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco*, Gasteiz-Vitoria, 1993, que encuentra posteriormente concreción en otro documento titulado *Una nueva organización para una nueva etapa del Gobierno Vasco*, Gasteiz-Vitoria, 1994, donde se concreta dentro de 47 medidas una sola dedicada a la función pública, titulada «Reorientar las políticas de personal: de las regulaciones de Función Pública a la gestión integrada de recursos humanos» (págs. 79 a 81), que hace la medida núm. 45. Entre las recomendaciones que se realizan está la siguiente: «Urge un cambio normativo hacia la flexibilidad, que desregule espacios significativos del actual estatuto funcional, encaminándose hacia un estatuto único del personal al servicio de las Administraciones vascas...» (pág. 81).

<sup>5</sup> En Estados Unidos, de donde se importan la mayor parte de estas medidas, se ha manifestado un mayor interés por los problemas de gestión de personal como así lo pone de manifiesto el Informe del National Performance Review, tutelado por el Vicepresidente Al Gore, publicado bajo el título *Crear una Administración Pública que funcione mejor y cueste menos*, IVAP/HAEE, Gasteiz-Vitoria, 1994, especialmente págs. 102 a 110.

comprobar, su interpretación puede condicionar de manera fundamental la opción, del legislador estatal o autonómico, por la contratación laboral o por el funcionariado. Al ser una norma constitucional, y con independencia de lo que posteriormente se diga sobre el reparto de competencias, vincula a todos los poderes públicos, también a los autonómicos.

En lo que hace al reparto de competencias la Constitución ha optado por reconocer al Estado la competencia sobre las bases de la función pública, correspondiendo a las Comunidades Autónomas dictar la normativa de desarrollo, siempre que, claro está, la competencia autonómica así haya sido acogida en el Estatuto de Autonomía [art. 147.2.d) de la CE]. A esta cuestión se dedicará el apartado siguiente.

## II. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ESTADO-COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚBLICA, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA RELACIÓN CONTRATACIÓN LABORAL *VERSUS* FUNCIONARIAL EN LAS ADMINISTRACIONES AUTÓNOMICAS

### 1. PREVISIONES CONSTITUCIONALES Y ESTATUTARIAS EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚBLICA

El artículo 149.1.18.º de la CE señala que el Estado tiene competencia exclusiva en la materia: «Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas». Esta norma permite hacer dos tipos de apreciaciones. La primera, por orden lógico, estaría relacionada con el alcance de esa materia llamada «del régimen estatutario de sus funcionarios». Sin mayor esfuerzo puede colegirse del precepto que quedan excluidos los laborales, es decir, que el artículo 149.1.18.º atiende solamente a los contratados con carácter de funcionarios, mientras que la regulación de la contratación laboral quedaría remitida al precepto que a ella hace referencia. En concreto al artículo 149.1.7.º, que recoge la competencia estatal sobre la «legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas»<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Sobre el proceso de formación de la función pública autonómica véase CASTELLS ARTECHE, José Manuel, *Proceso de construcción y desarrollo de la Función Pública autonómica*, INAP, Madrid, 1987;

La competencia estatal sobre el régimen jurídico de los funcionarios se actúa solamente sobre las «bases». La jurisprudencia y la doctrina sobre esta categoría son ingentes, interesando en este momento realizar una breve consideración sobre la misma, que posteriormente pueda servir como criterio hermenéutico al analizar las normas en concreto que el Estado ha dictado, en esta materia. Las bases deben establecerse mediante ley, pudiendo intervenir la normativa reglamentaria solamente con carácter excepcional. Las bases no pueden agotar la regulación de la materia, no siendo básico todo lo que el legislador estime como tal. El concepto de bases es por tanto un concepto material y formal. Formal por tener que estar así expresado en una ley y material porque la ley no hace básico lo que ella dice, estando esa definición sometida al Tribunal Constitucional, quien determinará el carácter básico de un precepto. Tal como señala el Alto Tribunal, a él le corresponde «revisar la calificación hecha por el legislador y decidir, en última instancia, si es materialmente básica por garantizar en todo el Estado un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales a partir del cual pueda cada Comunidad Autónoma, en defensa de sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estime convenientes y oportunas, dentro del marco competencial que en la materia le asigne su Estatuto»<sup>7</sup>. La finalidad del fundamento jurídico es loable, aunque es difícil que la consiga. Ciertamente el Tribunal Constitucional debe controlar, cuando así se le plantee, la amplitud de una regulación, para así poder determinar si esa regulación excede o no lo básico, tal como está establecido en el artículo 149.1.18.º de la CE. Ahora bien, no es fácil lograr este objetivo cuando el criterio para determinar lo que es materialmente básico consiste en «garantizar en todo el Estado un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad los intereses generales...», tal como dice la sentencia que se acaba de relatar. Con independencia de estos problemas que la determinación de lo básico acarrea, se va a proseguir analizando las normas estatales que se han dictado en esta materia.

---

en general, sobre la incidencia de la legislación estatal en la autonómica y local, véase CARRASCO CANALS, Carlos, «Especial incidencia del actual régimen de la función pública española en el Estado, Comunidades Autónomas y Administración local», *REALA*, 1986, 230, págs. 289 y ss.

<sup>7</sup> STC 69/1988, FJ 5.

<sup>8</sup> Entre los trabajos más recientes sobre esta materia véase TRAYTER I JIMÉNEZ, Joan Manuel,

## 2. NORMATIVA ESTATAL REGULADORA DEL REPARTO COMPETENCIAL Y SUS PREVISIONES SOBRE LAS EXIGENCIAS DE CONTRATACIÓN BAJO EL RÉGIMEN FUNCIONARIAL O LABORAL

La Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, será la primera norma que proceda a establecer una regulación de la función pública que además de perseguir lo que dice su título, realiza una distribución de competencias<sup>8</sup>. El artículo 1.3.º de la Ley 30/1984 señala como bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos la estructura y competencias de los órganos superiores de la función pública [arts. 3.2.ºe) y f), 6, 7, 8], la regulación de la situación de los funcionarios transferidos (arts. 11 y 12), los Registros administrativos de personal (arts. 13.2.º, 3.º y 4.º), la oferta de empleo público (arts. 14.4.º y 5.º, 18), las relaciones de puestos de trabajo (art. 16), la movilidad de funcionarios de las diferentes Administraciones públicas (art. 17), las normas sobre la selección de personal (art. 19.1.º y 3.º), la provisión de puestos de trabajo [art. 20.1.ºa), b), párrafo primero, c), e) y g) en sus párrafos primero a cuarto, 2.º y 3.º], la promoción profesional (arts. 21 y 22.1, a excepción de los dos últimos párrafos), las bases del régimen de retribuciones (art. 23), las situaciones de los funcionarios (art. 29, a excepción del último párrafo de sus apartados 5.º, 6.º y 7.º), el régimen disciplinario (art. 31) y la seguridad social (art. 32), jubilación forzosa (art. 33)<sup>9</sup>.

La Ley 30/1984 no define como básico el artículo 15.1.º donde se establece la diferenciación función pública-contratación laboral, señalando al tratar de las relaciones de puestos de trabajo y su contenido, así como los requisitos para acceder al desempeño de tales puestos, que «Estos requisitos serán determinados por el Ministerio de la Presidencia, a propuesta de los Ministerios correspondientes, debiendo especificarse aquellos puestos que, en atención a la naturaleza de su contenido, se reservan a funcionarios públicos».

La impugnación de la Ley 30/1984 ante el Tribunal Constitucional ha dado lugar a un pronunciamiento sobre los límites de la contratación laboral en las Administraciones públicas, precisamente al hilo de la dudosa constitucionalidad de la habi-

*La conflictivitat competencial. Les bases del règim estatutari dels funcionaris públics*, IEA, Barcelona, 1993, y la bibliografía allí citada.

<sup>9</sup> A estos preceptos habría que añadir lo establecido en las DA tercera, 2 y 3, cuarta, duodécima y decimoquinta y DT segunda, octava y novena.

<sup>10</sup> Véase el comentario a esta sentencia de SÁINZ MORENO, Fernando, «El Estatuto de la

litación que realiza este precepto a favor del Ministro de la Presidencia, y que interesa analizar con detenimiento.

### 3. LA PROBLEMÁTICA SUSCITADA COMO CONSECUENCIA DE LA STC 99/1987, DE 11 DE JUNIO. LA GENERALIZACIÓN DE UNA INTERPRETACIÓN PRO FUNCIONARIAL DE ESTA STC

La Ley 30/1984 fue impugnada por 53 Diputados al Congreso, no estando afectado por el recurso el artículo 15.1.c), sino el 15.1.a) donde se decía que el Ministerio de la Presidencia determinaría los requisitos para el desempeño de cada puesto de trabajo, «debiendo especificarse aquellos puestos que, en atención a la naturaleza de su contenido, se reservan a funcionarios públicos». El Tribunal Constitucional argumenta en relación con este precepto lo siguiente: «Para los recurrentes la redacción y sentido de esta norma debiera ser contraria, si se tiene en cuenta que, en principio, todos los puestos de la Administración deben de ser desempeñados por funcionarios, constituyendo una excepción su provisión por quienes no tengan tal condición. Por lo mismo, la norma impugnada habría contrariado los principios constitucionales de mérito y capacidad en el acceso a la función pública (art. 103.3).

Teniendo ahora en cuenta lo antes observado sobre el ámbito objetivo de la reserva de Ley introducida por el artículo 103.3 de la Constitución, esta impugnación ha de ser estimada. Se decía que, en mérito de tal reserva, corresponde sólo a la Ley la regulación del modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas, pues no otra cosa se desprende de la opción genérica de la Constitución (arts. 103.3 y 149.1.18.º) en favor de un régimen estatutario de los servidores públicos y de la consiguiente exigencia de que las normas que permitan excepcionar tal previsión constitucional sean dispuestas por el legislador, garantizándose, de este modo, una efectiva sujeción de los órganos administrativos, a la hora de decidir qué puestos concretos de trabajo puedan ser cubiertos por quienes no posean la condición de funcionario»<sup>10</sup>.

---

Función Pública después de la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987 y de la Ley 23/1988», en *Revista de Administración Pública*, 1988, 117, págs. 321 y ss.; CÁMARA DEL PORTILLO, Diego, «La función pública ante el Tribunal Constitucional: una oportunidad perdida», *REDA*, 1988, 57, págs. 101 y ss.; SAZ, Silvia DEL, *Contrato laboral y función pública*, M. Pons, Madrid, 1995, págs. 48 a 55. Sobre la jurisprudencia constitucional en materia de función pública véase

El fundamento jurídico referido no es base suficiente para entender que el Tribunal Constitucional opta por una interpretación del artículo 103.3 CE favorable a la opción funcionarial como forma de empleo público. Así se ha señalado al afirmar que un tal pronunciamiento por el Tribunal Constitucional «carece de apoyo constitucional» ya que en la Constitución no se ha optado genéricamente por un régimen funcionarial, lo que se pone de manifiesto en que «en ningún precepto del texto constitucional se establece la exclusividad del régimen funcionarial ni siquiera el carácter preferente del mismo»<sup>11</sup>. La doctrina favorable a la opción funcionarial también llama la atención sobre la falta de precisión de la sentencia, a la que se acusa de no abordar frontalmente el asunto<sup>12</sup> o de tratarlo de forma incidental<sup>13</sup>, aunque en todo caso se encuentra en la misma un argumento pro funcionarización.

El alcance de la funcionarización del empleo público es un debate deudor de la concepción alemana en esta materia, donde la Ley Fundamental de Bonn es muy explícita, estableciendo lo siguiente: 1) que el ejercicio de potestades soberanas como función permanente debe reconocerse a funcionarios públicos, sometidos a un régimen jurídico de Derecho público<sup>14</sup>, y 2) que el Derecho de la función pública deberá regularse conforme a los principios tradicionales del régimen de funcionarios<sup>15</sup>. A pesar de ser más explícitos, estos preceptos no imponen una preferencia del régimen de función pública sobre la contratación laboral. El artículo 33.5.º establece una garantía institucional<sup>16</sup>, tal como la definió SCHMITT<sup>17</sup> y a la que hace referencia explícitamente

---

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, «Régimen Jurídico de la Función Pública y Jurisprudencia Constitucional», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1992, 12, págs. 6 y ss.

<sup>11</sup> LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 165.

<sup>12</sup> PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo. Organización y empleo público*, M. Pons, Madrid, 1995, 9.ª ed. pág. 422.

<sup>13</sup> SAZ, *Contrato laboral...*, cit., pág. 49.

<sup>14</sup> El artículo 33.4 de la Ley Fundamental de Bonn dice literalmente: «Die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse ist als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen.»

<sup>15</sup> El artículo 33.5 de la Ley Fundamental de Bonn señala que «Das Recht des öffentlichen Dienstes ist unter Berücksichtigung der hergebranten Grundsätzen des Berufsamtentums zu regeln.»

<sup>16</sup> MATTHEY, Ferdinand, «Comentario al artículo 33», en MÜNCH, Ingo VON, *Grundgesetz-Kommentar*, Beck, Munich, 1976, pág. 303.

<sup>17</sup> SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, AE, Madrid, 1982, pág. 177, donde dice: «Las prescripciones de la Constitución de Weimar sobre el Derecho de funcionarios contienen, por el contrario, un ejemplo auténtico de garantías institucionales. Aseguran el mantenimiento de una burocracia profesional que "debe ser servidora de la comunidad, y no de un partido" (art. 130, C. a.); es decir, que debe ser defendida contra las consecuencias, destructoras del Estado, de una práctica de botín y séquito. La garantía de los derechos adquiridos de los

cuando trata de la regulación de la función pública en la Constitución de Weimar. Esta garantía institucional<sup>18</sup> no impide que en la República Federal se esté dando un proceso de laboralización del empleo público, tal como lo pone de manifiesto la existencia de un mayor número de contratados laborales sobre el de funcionarios<sup>19</sup>.

Volviendo a la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, la misma no permite concluir que el Alto Tribunal haya establecido un claro pronunciamiento favorable a la preferencia del régimen funcionarial sobre el laboral en el empleo público. En primer lugar por la ausencia de argumentación. El Tribunal Constitucional hace una consideración no sustentada expresamente en ningún precepto o elaboración jurisprudencial o doctrinal. El Tribunal Constitucional no se pronuncia expresamente sobre esta cuestión. En el primero de los párrafos que se han transcrito, el Tribunal Constitucional se limita a reproducir lo manifestado por los recurrentes, pero sin que pueda de ello colegirse que ésa es la postura del Tribunal, aunque también es cierto que no la contradice. Por otra parte, tampoco se plantea la problemática función pública *versus* relación laboral, por lo que

---

funcionarios (art. 129.1.3) viene, en realidad, a beneficiar al funcionario individual; da lugar también al derecho subjetivo del funcionario, y no sólo para sus pretensiones a derechos económicos, sino igualmente con distinta especie de protección jurídica, hasta a las pretensiones al título y rango, e incluso a una actuación correspondiente a las normas jurídicas y administrativas. Todo esto no está, sin embargo, al servicio del interés privado del funcionario, sino de la institución de la burocracia profesional como tal. Una ley que suprimiera en principio la burocracia profesional sería tan inconstitucional como una ley que suprimiera la administración municipal autónoma, la familia o el derecho a testar. Hay, pues, garantías institucionales con derechos subjetivos y sin ellos; también la protección jurídica y la posibilidad de hacer valer pretensiones está conformada de modo muy vario; pero a la esencia de la garantía institucional no le corresponde ni un derecho subjetivo, ni el mantenimiento de una vía jurídica.»

<sup>18</sup> STEIN, Ekkehart, *Derecho político*, Aguilar, Madrid, 1971, pág. 101, donde dice que los párrafos 4 y 5 del artículo 33 garantizan el estatuto de la función pública, pero no permiten deducir de los mismos un significado normativo preciso. En este sentido la remisión al estatuto de la función pública no impide que el Derecho de los funcionarios se ajuste a las necesidades del presente. Sobre la función pública en la República Federal puede consultarse MONTORO CHINER, María Jesús, *La función pública en el federalismo alemán*, INAP, Madrid, 1987. Sobre la problemática funcionario-laboral véase NICKSCH, «El puesto de trabajo eje de la función pública. La distinción personal laboral/personal funcionario. El caso de la República Federal Alemana», *RVAP*, 1985, 11, págs. 439 y ss.

<sup>19</sup> El número de empleados y de trabajadores en las Administraciones Públicas ha ido creciendo sin descanso en relación con el de funcionarios. De hecho, desde 1950 el número de empleados y trabajadores era mayor que el de funcionarios. Los primeros ascendían a la cifra de 1.280.000 y los funcionarios eran 820.000. En 1980 los empleados y trabajadores eran 2.100.000 y los funcionarios 1.700.000, aproximadamente. En todo caso, después de la época del nazismo, el número de contratados laborales ha sido siempre mayor que el de funcionarios. Véase MÜNCH, Ingo VON, «Öffentlicher Dienst», en MÜNCH, Ingo VON, *Besonderes Verwaltungsrecht*, W. de Gruyter, Berlín, 6 ed., 1982, pág. 14. Confirma esta tendencia LECHERER, Helmut, «Der öffentliche Dienst», en ISENSEE, Josef y KIRCHHOF, Paul, *Handbuch des Staatsrechts*. Müller, Heidelberg, 1987, vol. III, pág. 720.

el Tribunal Constitucional no tiene por qué definirse sobre la misma. Es más, ni debe, en tanto en cuanto no sea preciso para la resolución de la cuestión planteada. El Tribunal Constitucional no es una tercera Cámara legislativa, debiendo solamente definirse sobre aquello que se impugna por los recurrentes y lo que necesariamente debe considerar para resolver esa impugnación. Si se reconsidera otra vez la dicción literal de lo afirmado por el Tribunal Constitucional, no cabe otra interpretación. El Tribunal Constitucional dice en el párrafo que se comenta que «Para los recurrentes la redacción y sentido de esta norma debiera ser contraria, si se tiene en cuenta que, en principio, todos los puestos de la Administración Pública deben ser desempeñados por funcionarios» [F] 3.d)]. No parece aventurado, sino más bien todo lo contrario, a la vista del párrafo transcrito, que el Tribunal Constitucional no se define con esa frase sobre la preferencia o no de la función pública sobre la contratación laboral en el empleo público a la luz del texto constitucional.

El párrafo segundo al que se hace referencia es aquel en el que el Tribunal Constitucional afirma «... la opción genérica de la Constitución (arts. 103.3 y 149.1.18.º en favor de un régimen estatutario...)» [F] 3.d)]. No hay argumentación, solamente esta lapidaria frase que sirve al Tribunal para endurecer el alcance de la reserva de ley y la consiguiente inconstitucionalidad de la habilitación reglamentaria que realizaba el artículo 15.1.c) de la Ley 30/1984.

La interpretación que se impone viene de la mano de SALAS <sup>20</sup> para quien de los artículos 103.3 y 149.1.18.º de la CE solamente se puede deducir la existencia de una reserva de ley y la exigencia de mérito y capacidad para el acceso a la función pública. No hay ninguna referencia a esa preferencia, por no decir exclusividad del régimen funcional, como tampoco hay una conceptualización de lo que deba entenderse por función pública <sup>21</sup>. La CE no contiene un precepto similar al artículo 33.5.º de la Constitución alemana donde se hace referencia a la función pública en el sentido de garantía institucional, por lo que es posible decir que la CE no está pensando en un modelo concreto de función pública, sino que más bien ha establecido unas exigencias vinculadas al principio de igualdad, que son igualmente aplicables a toda clase de empleos públicos <sup>22</sup>. El legislador, al igual que un

<sup>20</sup> SALA FRANCO, Tomás, *Incidencia de la legislación laboral en el marco de la función pública*, INAP, Madrid, 1988, págs. 15 a 17.

<sup>21</sup> SALA FRANCO, *Incidencia...*, cit., pág. 16.

<sup>22</sup> En sentido contrario a lo aquí señalado véase PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo...*, cit., págs. 420 y ss.

importante sector doctrinal, interpretó el dictado del Tribunal Constitucional en el sentido de primar a la función pública frente a la contratación laboral, procediendo a dictar una Ley de reforma de la Ley 30/1984.

#### 4. MODIFICACIONES LEGISLATIVAS CONSECUENCIA DE ESTE PRONUNCIAMIENTO CONSTITUCIONAL

La Ley 30/1984 fue modificada por la Ley 23/1988, que establece en su artículo 15.1.c) los criterios que permiten la contratación laboral en las Administraciones públicas diciendo que: «Con carácter general, 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.» El precepto no hace referencia a las Comunidades Autónomas ni a la Administración local. Por otra parte, tal como se ha señalado anteriormente, este precepto no está entre aquellos a los que el legislador ha concedido el carácter de básicos. Inicialmente, por tanto, el legislador autonómico podría optar por un modelo diferente al estatal. Las bases le dejan espacio para ello. Aparentemente podría dejarse aquí el análisis de la legislación estatal, lo que no se va a hacer. La razón está en que el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta Ley 30/1984, realizando la interpretación de este precepto desde la óptica constitucional, lo que afecta directamente al tema que se analiza. Interesa por tanto continuar con la regulación de la Ley 30/1984 para después comprender mejor el pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

La Ley 30/1984, después de postular por una generalización del régimen funcional en el empleo público, señala las excepciones a este principio, estableciendo los supuestos en que es posible acudir a la legislación laboral, que son: los puestos de naturaleza no permanente y los que se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo, los puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los de vigilancia, custodia, porteo y otros análogos, los puestos de carácter instrumental correspondientes a áreas de mantenimiento y conservación de edificios, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social, los puestos correspondientes a áreas que no requieran conocimientos especializados cuando no existan cuerpos o escalas especializados y los puestos de trabajo en el

extranjero con funciones administrativas de trámite y colaboración y auxiliares.

La opción adoptada por el legislador no encuentra una explicación clara. En primer lugar, porque no es obligatorio optar por el régimen laboral, pudiendo prestarse muchas de estas actividades en régimen funcionarial. La opción adoptada dependerá de lo que se establezca en las correspondientes relaciones de puestos de trabajo. En segundo lugar, porque no hay un criterio de diferenciación, hasta tal punto que se señala como contratación laboral aquella en la que se necesitan conocimientos técnicos especializados, pero siempre que no haya cuerpos o escalas de funcionarios que tengan esta preparación. Sería difícil encontrar un ejemplo más claro de corporativismo.

La Ley 23/1988 no declara básico este precepto, por lo que las Comunidades Autónomas no están vinculadas en este aspecto a la normativa estatal. El legislador autonómico es libre así para optar por un modelo de empleo público diferente al estatal, en el que los límites están en la Constitución de 1978, es decir, en el alcance que se quiera dar al artículo 103.3 y a la interpretación que del mismo ha realizado la jurisprudencia constitucional.

## 5. EL REFLEJO EN LA NORMATIVA AUTONÓMICA DE LA STC 99/1987

El legislador autonómico ha sido tan crédulo como el estatal, favoreciendo el régimen de función pública frente al contrato laboral<sup>23</sup>. Analizando las diferentes normas autonómicas en esta materia, y a pesar de ciertos matices diferenciadores, la tónica general es la que aquí se señala. Las normas autonómicas repiten el contenido de la legislación estatal, en concreto de la Ley 23/1988, de 28 de julio. Las particularidades que pueden encontrarse en estas normas son muy escasas, haciendo referencia especialmente a temas educativos, así cuando los puestos con funciones docentes adscritos a centros de enseñanza o formación no estén integrados en el sistema educativo oficial [art. 8.e) de la Ley de Aragón], o si esos puestos docentes no pueden ser ocupados por funcionarios de los cuerpos y escalas docentes

<sup>23</sup> Entre las leyes autonómicas dictadas en esta materia están la Ley canaria de 28 de marzo de 1987; la Ley de la Función Pública de Castilla-La Mancha, Ley 3/1988; de Baleares, Ley 2/1989; de Murcia, Ley 2/1989; de Madrid, Ley 5/1989; del País Vasco, Ley 6/1989; de La Rioja, Ley 3/1990; de Valencia, Ley 6/1990; de Navarra, Ley 5/1990; de Castilla y León, Ley 4/1991; de Aragón, Decreto Legislativo 1/1991; de Asturias, Ley 4/1991; de Cantabria, Ley 4/1993; de Cataluña, Ley 9/1994; de Galicia, Ley 3/1995 y de Extremadura, Ley 5/1995.

[art. 11.2.f) de la Ley catalana] o si se dedican a la investigación [art. 11.2.e) de la Ley catalana; art. 8.2.f) de la Ley aragonesa]. La normativa autonómica incluye también entre los contratados con carácter laboral los de los Organismos Autónomos de carácter comercial, industrial o financiero [art. 10.2.d) de la Ley balear] o los de las Empresas Públicas (art. 2.1 Ley de Madrid). Estas últimas diferenciaciones no se consideran necesarias, pues podrían incluirse perfectamente dentro de la tipología que de forma más genérica se establece en la Ley 23/1988. La normativa autonómica no recoge la excepción establecida en la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social, donde se señalan como supuestos de laboralización los puestos con funciones auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo. Esta excepción es deudora de una política coyuntural, sin representar una opción de política de empleo público de más hondo calado. Como puede fácilmente colegirse, los puestos con funciones auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo coinciden con los Cuerpos y escalas funcionariales del grupo D<sup>24</sup>.

El contenido de algunas normas autonómicas llama la atención cuando hace referencia con carácter general o conceptual a la diferenciación funcionario-contratado laboral. La Ley canaria es quizá la norma paradigmática en este sentido al establecer que «No podrán ser desempeñadas por personal contratado en régimen de Derecho laboral las funciones públicas 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 en que la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función aconsejen desempeñarlas por funcionarios de carrera» (art. 67.2)<sup>25</sup>. En este precepto está condensado claramente el principio justificativo del funcionariado. Es el funcionario quien mejor garantiza la «objetividad, imparcialidad e independencia». No es objeto de este trabajo contradecir este principio, aunque

<sup>24</sup> En relación con esta disposición son de interés las observaciones que realiza LÓPEZ GÓMEZ, *El régimen jurídico...*, cit., pág. 173, donde señala que esta excepción establecida por la Ley 42/1994 persigue el logro de la estabilidad de los funcionarios interinos y del personal temporal, en la idea de que esa estabilidad es más fácil lograrla desde el Derecho laboral que desde el Derecho administrativo. Esta política se pone explícitamente de manifiesto en el Acuerdo Administración-Sindicatos para 1994-1997, sobre condiciones de trabajo en la Función Pública (BOE 225, de 20 de setiembre de 1994) (véase LÓPEZ GÓMEZ, *El régimen jurídico...*, cit., pág. 173, nota 341).

<sup>25</sup> Este precepto es una repetición del contenido del artículo 92.2.º LBRL, haciendo remisión en esta cuestión a lo que se señala en el apartado 2 del capítulo III de este trabajo.

sí es preciso poner de manifiesto que esta concepción parece subyacer en toda la legislación autonómica sobre la materia.

## 6. UNA CONSIDERACIÓN CONCLUSIVA SOBRE LA EXPERIENCIA AUTONÓMICA EN ESTA MATERIA

La normativa estatal no establece el carácter básico de la diferenciación funcionario-contratado laboral, tal como pone de manifiesto la Ley 30/1984. El papel de la Ley lo ha ocupado el Tribunal Constitucional al derivar directamente de la Constitución la existencia de un principio favorable al régimen jurídico funcional en la contratación de personal al servicio de la Administración. Esta afirmación accidental del Tribunal Constitucional ha tenido un efecto uniformizador en las normas autonómicas, cortando cualquier posible o teórica adopción de otro modelo de contratación, más proclive al régimen laboral. La política de empleo público, en lo que hace referencia a la utilización de la contratación laboral o de la funcional, no ha estado condicionada por la legislación básica estatal, sino directamente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, con la eficacia que esta última ha tenido. La normativa básica estatal sí ha condicionado la política de empleo público de las Comunidades Autónomas por la extensión de su regulación, encorsetando<sup>26</sup> el posible desarrollo normativo por parte de las Comunidades Autónomas, lo que, unido a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, provoca un retraimiento de las posibilidades que el modelo, teóricamente al menos, podía haber permitido.

A pesar de las limitaciones consideradas, las Comunidades Autónomas podían haber experimentado un sistema de función pública diferente, con una mayor apertura a la contratación laboral, lo que no ha sucedido. No se dispone de un estudio diacrónico cuantitativo de las contrataciones realizadas por las Comunidades Autónomas. Los datos elaborados por LÓPEZ GÓMEZ<sup>27</sup> ponen sin embargo de manifiesto que la contratación laboral en las Comunidades Autónomas ha sido en 1994 de un 17,3 por 100. La contratación laboral en las Comunidades Au-

<sup>26</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, «Administración y empleo público en la Comunidad Autónoma del País Vasco: un balance», en *Estudios sobre el Estatuto de Autonomía del País Vasco*, Oñati, HAAE/IVAP, 1991, vol. III, pág. 1409. Este autor pone de manifiesto otras carencias de la Ley 30/1984, así, su mala técnica, el ser una regulación parcial, incompleta y provisional, el haber sido desarrollada por un importante número de normas que producen una gran dispersión normativa, una falta de sistemática y un conjunto de normas provisionales que con frecuencia aparecen solapadas (pág. 1410).

<sup>27</sup> LÓPEZ GÓMEZ, *El régimen jurídico...*, cit., pág. 178.

tónomas puede decirse que ha sido más limitada que en la Administración estatal. La autonomía no ha servido en esta materia para propiciar una política propia. Los responsables autonómicos han optado por una solución continuista, lejos de todo afán experimentador.

La política en materia de empleo público en las Comunidades Autónomas ha seguido otros derroteros. La preocupación mayor se ha manifestado en relación con los puestos de dirección, lo que ha tenido reflejo en el alto número de personal contratado como personal de confianza y en la utilización del sistema de libre designación. El personal de confianza ha disminuido significativamente, dentro de la política de reducción del déficit público. La libre designación se utiliza como sistema de provisión de los principales puestos de trabajo, no respetando la finalidad que mediante esta forma de provisión se perseguía y provocando a su vez una importante limitación en el desarrollo de la carrera funcionarial<sup>28</sup>.

Las Administraciones de las Comunidades Autónomas han podido acudir inicialmente a la contratación laboral en sus empresas públicas o en los Entes públicos sometidos al Derecho privado. El número de contratados tampoco parece significativo en este caso, si se atiende al menos al porcentaje de contratados laborales existentes en las Comunidades Autónomas, tal como se ha señalado anteriormente. En esta materia, la política de reducción del déficit público ha suscitado la necesidad de reducir la Administración institucional y, previsiblemente, como consecuencia del último resultado electoral se puede producir un proceso de reducción del sector público<sup>29</sup>, con las consecuencias que el mismo tendría en las cifras de contratados laborales en las Administraciones estatal y autonómicas.

---

<sup>28</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael y MESA DEL OLMO, Adela, *La libre designación en la Función Pública vasca*, edit. Manu Robles Arangiz Institutua, Bilbao, 1993.

<sup>29</sup> La reducción del sector público puede minorar el número de empleos públicos; piénsese en la privatización de la televisión estatal, de uno de sus canales por lo menos, de los aeropuertos, puertos, de la venta de las empresas públicas, etc. La reducción del número de contratados con motivo de este proceso es todavía difícil de calibrar, así como las consecuencias que el mismo va a tener en las Administraciones autonómicas.

### III. LA REGULACIÓN JURÍDICA EN EL RÉGIMEN LOCAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y DE LA CONTRATACIÓN LABORAL

#### 1. UNA CUESTIÓN PREVIA EN TORNO A LA COMPETENCIA PARA LA REGULACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO LOCAL

La regulación del régimen jurídico del empleo local provoca un primer problema desde la perspectiva competencial. El empleo público local puede entenderse comprendido en la materia régimen local, empleo público o empleo público local. Los Estatutos de Autonomía no han incluido en sus listados competenciales la materia empleo público local y la regulación autonómica puede estar contenida en la norma reguladora del régimen local o en la reguladora del empleo público autonómico. Estas diferentes opciones del legislador autonómico se entiende que no ponen en cuestión la competencia autonómica en el silencio de los Estatutos<sup>30</sup>. Dicho con otras palabras, la competencia autonómica en materia de empleo público local no precisa de un expreso reconocimiento competencial. El empleo público local no puede concebirse como una materia propia, diferenciada, ya que esta opción interpretativa llevaría a la existencia de un gran número de materias, y a la descomposición de ámbitos materiales configurados por una práctica legislativa y administrativa constante. De acuerdo con esta última y atendiendo a las propias opciones desarrolladas por el legislador estatal, hay que pronunciarse por la inclusión del empleo público local dentro de las competencias en materia de régimen local. Esta interpretación no impide que el legislador autonómico regule el empleo público en la normativa relativa al empleo público autonómico, ya que lo que se discute en todo caso no es la opción de técnica legislativa del legislador autonómico, quien puede optar por incluir una regulación en un título u otro, sino la competencia autonómica en esa concreta materia, cuestión ésta que ya ha sido resuelta anteriormente.

<sup>30</sup> MAURI, Joan, «Función Pública local», en FONT I LLOVET, Tomás, *Anuario de Derecho local*, M. Pons, Madrid, 1995, pág. 266.

## 2. LA REGULACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y DE LA CONTRATACIÓN LABORAL EN LA LEY DE BASES DE RÉGIMEN LOCAL Y EN LA NORMATIVA DE FUNCIÓN PÚBLICA

La Ley de Bases de Régimen Local realiza la distinción funcionario-contratado laboral de manera diferente a la Ley 30/1984. La norma local opta por definir las funciones que necesariamente deben ser prestadas por funcionarios, al revés de la Ley 30/1984 que define las funciones propias de los contratados laborales. El artículo 92 de la Ley de Bases de Régimen Local dice literalmente: «Son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente a personal sujeto al Estatuto funcionarial, las que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería y, en general, aquellas que, en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función» (art. 92.2.º LBRL).

La definición que realiza la Ley de Bases de Régimen Local está pensando en esas características de la función pública que constituyen el argumento fundamental de su existencia y que son la «objetividad, imparcialidad e independencia» en el ejercicio de la función. Esta definición de la Ley de Bases de Régimen Local es previa a la realizada por el Tribunal Constitucional con motivo de su sentencia relativa a la Ley 30/1984, no estando en contradicción con ella. Esta sentencia reclamaba una preferencia para la función pública frente a la contratación laboral, sin explicitar sus argumentos y haciendo una somera referencia al artículo 103.3 de la CE. La Ley de Bases de Régimen Local, que es anterior, se limita a recoger la opinión general de la doctrina. Este precepto presenta diversos flancos a la crítica, aunque la consideración alcanza a la generalidad de los posicionamientos doctrinales, siendo el primero el que presume que la «objetividad, imparcialidad e independencia» solamente se obtiene mediante la contratación por el sistema funcionarial. El negativo de esta afirmación no deja de ser hiriente para los contratados laborales, pues se está considerando que ellos no garantizan de la misma manera la «objetividad, imparcialidad e independencia». Si se desciende algo más en la reflexión no es fácil defender esta posición, porque ¿es más objetivo, imparcial e independiente un auxiliar administrativo o un letrado según que su relación de empleo público sea funcionarial o laboral?

Más allá de esta cuestión, el problema se sitúa en la conformidad de este precepto con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y con el dictado del artículo 103.3 de la CE. Respecto de la primera cuestión no hay contradicción hasta este momento entre el artículo 92.2.º LBRL y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En lo que hace a la segunda, y entrando de pleno en el debate doctrinal actualmente existente sobre la función pública, el TSJ de Cataluña mediante el Auto de 26 de noviembre de 1993 ha planteado ante el Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 92.2.º LBRL al considerar que el último párrafo de este precepto, donde se reserva a funcionarios públicos «en general, aquellas (funciones) que, en desarrollo de la presente, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función», puede ser contrario al artículo 103.3 CE al no precisarse los supuestos en los que las funciones deben ser desarrolladas por funcionarios, lo que iría en contra del principio de reserva de ley establecido en el artículo 103.3 CE<sup>31</sup>. A la espera del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, el Auto del TSJ de Cataluña, planteando la cuestión de inconstitucionalidad, se considera un exceso, ya que será muy difícil realizar una definición de la reserva de ley prevista en el artículo 103.3 CE que no utilice conceptos generales.

### 3. EL SISTEMA DE FUENTES EN LA REGULACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO LOCAL

El sistema de fuentes aplicable en materia de función pública en el ámbito local es otro aspecto muy deficientemente resuelto por la normativa en vigor, presentando una acumulación de normas que no va a dejar de suscitar problemas interpretativos. La inicial complejidad en esta materia viene provocada por la regulación que de la misma hace el legislador estatal. Hay que tener en cuenta que la Ley 30/1984 se aplica con carácter supletorio en todas las Administraciones públicas. La Ley de Bases de Régimen Local regula en su Título VII el régimen jurídico del personal al servicio de las Entidades locales y el Título VII del Texto Refundido de Régimen Local realiza lo propio. La Ley de Bases de Régimen Local se aplica en las Comunidades Autónomas por ser sus disposiciones básicas, cuestión ésta que suscita ciertos problemas en relación con el Títu-

<sup>31</sup> MAURI, «Función Pública...», cit., pág. 267.

lo VII del Texto Refundido de Régimen Local, ya que su Disposición Final séptima ha sido declarada parcialmente nula por el Tribunal Constitucional.

La Disposición Final séptima del Texto Refundido de Régimen Local determina el carácter básico de sus preceptos, señalándose en relación con el régimen de la función pública que «En las materias reguladas por los Títulos VI y VII se inferirá el carácter básico de sus preceptos *conforme a su naturaleza* o según disponga la legislación estatal vigente en aquéllos». Los términos en cursiva fueron declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 385/1993.

El Tribunal Constitucional tuvo que resolver sobre la conformidad constitucional de este apartado y concluyó que la determinación de lo básico a través de la inferencia que los diferentes preceptos del Texto Refundido de Régimen Local permitan «conforme a su naturaleza» es inconstitucional. El Tribunal Constitucional estima que es ya una jurisprudencia consolidada la que precisa «... la calificación expresa de tal carácter básico o, excepcionalmente, que la norma correspondiente posea una estructura de la que pueda inferirse esa condición con naturalidad»<sup>32</sup>. El Tribunal Constitucional continúa diciendo que «La frase de la cual nos venimos ocupando no se ajusta al modelo formal de bases desde el momento en el que defiere su determinación a una actividad hermenéutica, la “inferencia natural” desde el propio contenido de la norma, sin mayor orientación, que resulta así incompatible no sólo con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) en su acepción genérica, sino también en la más específica de dotar de certeza y nitidez al esquema de las competencias estatales y autonómicas, para lograr un claro deslinde de unas y otras por medio de la reducción de la indeterminación formal de las normas básicas»<sup>33</sup>. El razonamiento del Tribunal Constitucional puede encontrar vías de crítica<sup>34</sup>, aunque incide en una línea jurisprudencial que persigue una cada vez mejor determinación por el legislador estatal del carácter básico o no de las normas que dicta, so pena de que puedan declararse, desde esta perspectiva, inconstitucionales. En todo caso, esta declaración de inconstitucionalidad plantea el problema del alcance de la normativa contenida en el Título séptimo del Texto Refundido de Régimen Local y, en especial, de alguno de sus

<sup>32</sup> STC 385/1983, FJ 6.

<sup>33</sup> STC 385/1993, FJ 6.

<sup>34</sup> La crítica puede venir de la mano del propio concepto de inferencia, ya que si bien la redacción de la DF séptima del TRRL es particularmente poco agraciada, la inferencia era algo que el propio TC había admitido, inicialmente, en la STC 69/1988.

preceptos, así del artículo 132 que establece como puestos reservados a los funcionarios de carrera los señalados en el artículo 92.2.º Ley de Bases de Régimen Local, así como los que «se determinen en las normas estatales sobre confección de las relaciones de puestos de trabajo y descripción de puestos de trabajo-tipo» (art. 132 TRRL).

La interpretación de este párrafo a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del resto de normas reguladoras de la función pública local lleva inexcusablemente a la consideración de este apartado como no básico. La razón es la siguiente: el artículo 132 TRRL en relación con la Disposición Transitoria séptima remiten a la legislación estatal, estableciendo esta legislación, en concreto la Ley 30/1984, que la diferenciación funcionario-contratado no es básica y la Ley de Bases de Régimen Local señalando con carácter básico cuándo lo es (art. 92.2.º Ley de Bases de Régimen Local). No ha lugar por tanto a que el Gobierno del Estado pueda reglamentariamente establecer los puestos reservados necesariamente a funcionarios. Habrá que seguir estando al dictado del artículo 92.2.º LBRL.

#### 4. LA NORMATIVA AUTONÓMICA EN ESTA MATERIA

La legislación autonómica puede optar en su regulación de la función pública local por tres modelos, tal como los ha descrito MAURI<sup>35</sup>, lo que hace que, según el modelo adoptado, la cuestión de la contratación laboral o funcionarial esté sometida a unas mismas reglas. En todo caso hay que señalar que, se opte por un modelo o por otro, la cuestión de la contratación laboral o funcionarial está encuadrada en los mismos límites. Es decir, que el legislador autonómico del empleo público local no ha dictado ninguna regulación que modifique las formas de contratación, por lo que no hay ninguna novedad que reseñar.

Los modelos de sistemas de función pública son los siguientes: 1) regulación conjunta de la función pública local y de la autonómica, opción adoptada por las Comunidades Autónomas de Extremadura y Valencia; 2) separación absoluta entre el régimen de la función pública local y el de la autonómica, tal como hace la legislación de Cantabria, y 3) regulación de la función pública local que realiza ciertas remisiones a la normativa funcionarial autonómica, lo que hace la legislación de Cataluña.

<sup>35</sup> MAURI, «Función Pública...», cit., pág. 266.

## 5. LA PROBLEMÁTICA CARACTERÍSTICA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA LOCAL

La función pública local tiene una problemática propia que aquí solamente se va a esquematizar y que no ha sido tenida en cuenta por el legislador. El primer dato a considerar en la regulación del régimen local es el importante número de municipios existentes, con tamaños de lo más dispares, desde las grandes capitales hasta ese sinfin de municipios de muy bajo umbral de población. En muchos de estos municipios el número de empleados municipales es muy exiguo, estando sin embargo sometidos a regímenes jurídicos diferentes, según sean funcionarios o contratados laborales, con los agravios comparativos que las diferencias retributivas y de régimen jurídico pueden comportar y las dificultades que se producen en la gestión del empleo público.

Las Administraciones locales se caracterizan por ser Administraciones prestadoras de servicios, teniendo una menor carga burocrática que la Administración estatal o la autonómica. Estas Administraciones están obligadas a la prestación de determinados servicios, algunos de ellos ridículos y fuera de contexto<sup>36</sup>, según su umbral de población, servicios que en un número importante de casos, y debido también al pequeño tamaño de las Corporaciones locales, se deben prestar de forma mancomunada o consorciada.

Por estas razones, entre otras, la contratación laboral en las Administraciones locales es importante, como así lo ponen de manifiesto las siguientes cifras: el 49,7 por 100 de los contratados en las Administraciones locales son funcionarios frente al 50,3 de contratados con carácter laboral<sup>37</sup>. Esta última cifra es realmente significativa por representar el porcentaje de contratados laborales una cantidad ligeramente superior a la de funcionarios. En segundo lugar por la importancia de este porcentaje si se compara con el 17,3 por 100 de contratados laborales en las Comunidades Autónomas<sup>38</sup> o el 41,1 por 100 de la Administración estatal.

<sup>36</sup> No tiene sentido que se establezca como servicio obligatorio la existencia de mataderos o la deficiente regulación que se ha realizado del tema de las reservas a que alude el artículo 86 LBRL.

<sup>37</sup> LÓPEZ GARCÍA, *El régimen jurídico...*, cit., pág. 178. Los datos hacen referencia al año 1994.

<sup>38</sup> En el caso de las CC.AA., y en concreto en la CAPV, debe tenerse en cuenta el *status* diferenciado que se reconoce a los contratados en los sectores de enseñanza, ertzaintza y sanidad (osakidetza), la mayoría con un régimen funcional, lo que hace que el porcentaje de contratados laborales sea más bajo.

La gestión del empleo público en el ámbito local se presenta como muy compleja, ya que la coexistencia de funcionarios y contratados laborales lleva a la duplicación de procedimientos de gestión. El ejemplo más llamativo en esta cuestión es el de la concertación de las condiciones de trabajo. La Ley 9/1997, de 12 de junio, de Órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, establece que se constituirá una Junta de personal en cada uno de los Ayuntamientos, Diputaciones Provinciales, Cabildos, Consejos insulares y demás Entidades locales (art. 7.4.º). Estas Juntas de personal servían de interlocutor permanente de la Administración, aunque se establecía una Mesa de Negociación como lugar para el establecimiento de las condiciones de trabajo, tal como ha venido regulado por la Ley 7/1990, de 19 de julio, sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos<sup>39</sup>.

La negociación de las condiciones de trabajo en estas Mesas de Negociación ha llevado a una doble problemática. Por una parte, la derivada de la inclusión en el mismo instrumento jurídico de las condiciones laborales de los contratados y de los funcionarios. Por otra, el necesario respeto que la negociación debe tener frente a las normas de Derecho necesario, que son todas aquellas que se derivan de la condición de funcionarios y el régimen jurídico que las acompaña.

Los pronunciamientos judiciales en relación con la primera cuestión se han producido en diferentes instancias jurisdiccionales. El TS se ha pronunciado repetidas veces, a través de una jurisprudencia constante, manifestando que «... la inclusión en un mismo convenio colectivo de funcionarios (contenido entonces ilegal) y de empleados en régimen laboral (ámbito este último en el que la negociación colectiva sí era posible) vicia de por sí al convenio como un todo...»<sup>40</sup>, siendo nulo de pleno derecho. Esta interpretación del TS tiene sustento en la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, quien ya tuvo tempranamente ocasión de señalar que «... de la legislación vigente no es posible racionalmente inducir un principio básico que no sea el del

<sup>39</sup> Normativa completada por el RD de 9 de setiembre de 1994, que tiene carácter supletorio en la Administración local; SOSA WAGNER, *Manual de Derecho Local*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 149.

<sup>40</sup> STS de 30 de junio de 1994, RA 5203; STS 16 de junio de 994, RA 5289; STS de 1 de julio de 1994, RA 5688; STS de 12 de julio de 1994, RA 5714; STS de 18 de julio de 1994, RA 6102; STS de 16 de setiembre de 1994, RA 7021; STS de 2 de noviembre de 1994, RA 8764; STS de 18 de marzo de 1993, RA 2074; STS de 22 de marzo de 1993, RA 2116, y STS de 22 de octubre de 1993, RA 7544, entre las más recientes.

tratamiento no unitario por diferenciado entre funcionarios públicos y personal laboral al servicio de las Corporaciones locales...»<sup>41</sup>.

En el ámbito autonómico se puede reseñar la jurisprudencia del TSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco quien declara la nulidad de los Acuerdos celebrados por la Diputación Foral de Bizkaia y los representantes de sus empleados porque la negociación colectiva de los funcionarios no puede equipararse a la laboral, y en el Acuerdo impugnado «se contempla la inclusión de diversos supuestos de contratados en régimen laboral, que, según lo expuesto, se presenta como manifiestamente contrario a los citados artículos 1 y 2 de la Ley 9/1987, procediendo en consecuencia su anulación, por cuanto el cauce negociador para la determinación de las condiciones de trabajo del personal laboral deberá buscarse en las normas propias del Derecho laboral común»<sup>42</sup>.

La dualidad de empleados públicos, funcionarios y contratados laborales, complica de forma importante la gestión de personal, al tener que realizar dos negociaciones conjunta y separadamente, lo que a su vez provoca la existencia de regímenes jurídicos diferentes en actividades muy similares, cuando no idénticas. En los casos de municipios con un número pequeño de funcionarios esta doble gestión produce una carga de trabajo reseñable.

En lo que respecta a la segunda cuestión, el TS ha manifestado, en una jurisprudencia también constante, que la negociación colectiva de los funcionarios públicos debe respetar las normas de Derecho necesario, señalando que «El marco de contractividad, por tanto, está en correlación con el contenido de las potestades normativas y de autoorganización del órgano administrativo correspondiente y, por otra parte, las características de pormenorización, rigidez y uniformidad inherentes al régimen estatutario emanado de la legislación básica del Estado y, en su caso, de los órganos legislativos de las CC.AA., no permiten que por analogía con el sistema de relaciones laborales (...), tal bloque legislativo sea identificable como plataforma de “mínimos”, sobre la que pueda pivotar una constelación de unidades negociadoras

<sup>41</sup> STC 57/1982, FJ 4. Decía el TC en esta sentencia que «Del contenido de dichos preceptos claramente se deduce la distinción entre el personal funcionario o asimilado —los contratados— sometidos al régimen del Derecho administrativo y el personal laboral contratado temporalmente sujeto al régimen correspondiente al ordenamiento jurídico laboral».

<sup>42</sup> STSJ de la CAPV de 25 de mayo de 1992; véase en el mismo sentido el Auto del TSJ de 25 de febrero de 1994. Véase sobre esta cuestión PÉREZ DE HEREDIA, César e IGLESIAS, Marta, *Toki Administraziojoko funtzio publikoa: hainbat arazo*, Bilbao, 1996, ponencia presentada a las Jornadas que sobre régimen local se celebraron en Bilbao el 8 de febrero del año en curso.

pactando cada una a su libre albedrío, bajo el lema de que lo que no está prohibido por la ley debe presumirse que está permitido y puede ser objeto de regulación con arreglo al buen criterio de la Mesa de Negociación, refrendado por la respectiva Corporación Municipal»<sup>43</sup>.

## 6. CONSIDERACIÓN FINAL

El análisis de la incidencia de la contratación laboral en el ámbito local pone de manifiesto la inadecuación de la normativa en vigor. No hay datos estadísticos completos sobre el número de contratados laborales y de funcionarios, así como su distribución según el tamaño de los municipios, los contratados en consorcios o mancomunidades, los tipos de contratación según la actividad a desarrollar en el municipio, etc. Esta limitación no permite hacer un análisis todo lo detallado que sería de desear. En todo caso algunas consideraciones se pueden realizar al hilo de lo hasta ahora señalado y, en especial, en relación con la inadecuación de la normativa actualmente en vigor.

La legislación de régimen local es inadecuada por su excesiva rigidez, la extraordinaria extensión de su regulación y la inseguridad jurídica que se deriva por la inexistencia de una regulación jurídica específica y el reconocimiento del valor supletorio de la normativa estatal. Sin pretender plantear aquí grandes ideas en torno a una reforma necesaria, podrían señalarse algunos aspectos, que se consideran de interés, en la regulación del empleo público local.

La primera idea podría ampliarse al ámbito autonómico y consistiría en eliminar la diferenciación funcionario-contratado laboral<sup>44</sup>. El régimen de la función pública local, y quizá ésta sea la tendencia que se siga en las demás Administraciones públicas, debería ser un *tertium genus* entre lo que hoy se considera función pública y la contratación laboral. La aproximación que se ha producido entre ambos tipos de regulaciones, la superación de algunos de los tópicos caracterizadores de la función pública, la simplificación de la gestión del personal empleado en las Administraciones públicas, lo inapropiado del régimen laboral general, dadas las especificidades del servicio público, aconsejarían la realización de una regulación única del empleo público local.

<sup>43</sup> STS de 22 de octubre de 1993, RA 7544; STS de 15 de julio de 1993, RA 2112; STS de 5 de mayo de 1994, RA 4315.

<sup>44</sup> NICKSCH, «El puesto de trabajo...», cit., págs. 451 y 452.

La regulación del empleo público local, bien sea único o se contemple la existencia de funcionarios y contratados laborales, debe ser lo suficientemente flexible como para permitir su aplicación a instituciones de muy diversa entidad y problemática. Esta flexibilidad va a estar condicionada de todas formas por cuestiones de alcance más general como son las derivadas del debate actual sobre la función pública en general y, en el ámbito local, por las competencias que se les reconozcan y por el número de Corporaciones locales existentes.

En todo caso, además de la importancia de establecer una regulación del empleo público que sea más operativa y se acomode a las necesidades de la Administración y de los ciudadanos en la época actual, se hace necesario revalorizar el principio de transparencia administrativa en la provisión de puestos de trabajo, estableciendo los instrumentos y fomentando una cultura administrativa que persiga garantizar los principios de mérito y capacidad en el acceso a los empleos en las Administraciones públicas.

