

COMENTARIO CRÍTICO AL NUEVO ARTÍCULO 92.2 DE LA LEY REGULADORA DE LAS BASES DEL RÉGIMEN LOCAL: HISTORIA DE UN PRECEPTO SUPERFLUO

Manuel JARAMILLO FERNÁNDEZ

Secretario de Administración Local de Categoría Superior

SUMARIO:

1. Introducción
2. Breve historia de la burocracia en España
3. El modelo burocrático clásico o weberiana
4. El estado social y la ruptura del modelo clásico de burocracia
5. El empleo público en la Constitución de 1978: las SSTC 99/1987 y 37/2002
6. El EBEP: la consagración de la dualidad de regímenes en el empleo público
7. El empleo público local
8. El nuevo art.92.2 de la Ley Reguladora de Bases del Régimen Local
9. Reflexiones finales
10. Bibliografía destacada

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL) ha supuesto quizás la más importante reforma de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL). Muchas han sido las materias afectadas por esta reforma y, de hecho, la mayor parte de los comentaristas se han centrado en la alteración del régimen de competencias por su potencial relevancia en la actividad de las entidades locales. Pero la doctrina también ha reseñado las importantes novedades de la LRSAL en el modelo de empleo público local. En este sentido, frente a las fuertes críticas que han recibido muchas de las innovaciones introducidas por la LRSAL, es generalizada la favorable recepción de la nueva redacción dada al art. 92.2 de la LRBRL. Se valora favorablemente la recepción de la doctrina constitucional sobre la preferencia genérica a favor del funcionariado que según la STC 99/1987, de 11 de junio, establece nuestra Carta Magna en el art. 103.3. Y tan unánime es la opinión, que los comentarios se limitan a hacer breve referencia a la STC 99/1987 y a la posterior STC 37/2002.

Pues bien, en este trabajo intentaremos realizar un análisis más profundo del modelo de Administración y empleo público que representa dicho precepto, así como de su verdadera eficacia al ser puesto en relación con otras normas que también inciden en

el modelo de empleo público local, y finalmente, contra corriente del resto de comentaristas realizaremos unas reflexiones críticas. Y es que adelantamos que en opinión del autor de estas líneas el nuevo art. 92.2 no es un precepto afortunado, tanto desde un punto de vista jurídico -al ser puesto en relación con otras normas que regulan el empleo público local- como desde una perspectiva de coherencia con la línea del conjunto de reformas legislativas realizadas en los últimos años.

2. BREVE HISTORIA DE LA BUROCRACIA EN ESPAÑA.

La burocracia es una realidad esencialmente asociada a la Modernidad, pues es con ella cuando se dan las circunstancias políticas, económicas y sociales que permiten su adecuado desenvolvimiento. La burocracia moderna se adaptaba perfectamente a la nueva forma política centralizadora del poder frente a la fragmentación del poder que había supuesto el feudalismo medieval¹. Asimismo, la burocracia se impuso en Europa debido a su superioridad técnica respecto a cualquier otra forma de ejercicio de un poder centralizado, ya que por un lado su perfeccionada estructura facilita su mantenimiento y perpetuación en el tiempo (estabilidad) y por otro lado goza de la competencia técnica de sus miembros, lo que le confiere prestigio social y la legitimidad de la eficacia.

Así, podemos afirmar que la burocracia surge en España con la Monarquía Absoluta en el s. XVI, pero es en el s. XIX, con la instauración del Estado liberal, cuando se produce un gradual crecimiento de la burocracia y se va perfeccionando la organización y regulación de la función pública. Es pues en el s. XIX, cuando por el influjo de la Administración napoleónica y por las nuevas funciones que empezó a asumir el Estado se fueron aprobando las primeras normas generales sobre función pública como los Reales Decretos de López Ballesteros de 1827 y 1828 y el famoso Estatuto de Bravo Murillo de 1852, que realmente fue el primer Estatuto general de la Función Pública española. Sin embargo, dicho Estatuto de Bravo Murillo todavía seguía el modelo de cesantías, es decir, un modelo de *spoils system* en el que cada vez que entraba un Gobierno de distinto signo político se cesaba a los funcionarios de cada departamento ministerial y se nombraban nuevos funcionarios atendiendo al criterio de confianza política. Fue el Estatuto de Maura de 1918 el que por fin suprimió las cesantías y con el que propiamente se implanta en España el modelo clásico de burocracia.

El siguiente hito en la regulación sobre función pública lo constituyó la Ley de Bases de Funcionarios Civiles del Estado de 1963 que dio lugar al Texto Articulado de 1964, norma que todavía tiene muchos preceptos vigentes.

¹ Muy acertadamente se resume la compenetración entre burocracia y Estado moderno en las siguientes líneas: «Frente a los núcleos autónomos de poder en la sociedad medieval se levanta el *nuevo Estado* centralizador y absolutista. Su creación significó para todos sus miembros que las tareas y jurisdicciones pasaron de manos de hombres conocidos personalmente y ligados a un lugar determinado, a puestos más alejados e impersonales. Significó que las decisiones que se apoyaron en tradiciones y costumbres comunes desaparecieron. Con la creciente centralización de funciones, se sustituyeron las bases del orden de la convivencia localistas, tradicionales y consuetudinarias, por reglamentaciones generales, impersonales y basadas en un cálculo racional». En *Administración y Empleo Público en España*, AAVV, Editorial CEMCI, Granada, 2011.

Tras la Constitución de 1978 se aprobó como una primera reforma de carácter provisional la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función pública, pero a la postre dicha norma siguió vigente hasta la aprobación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), que es la última gran reforma del sistema de empleo público de las Administraciones Públicas españolas, puesto que su Texto Refundido (TREBEP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, prácticamente no ha innovado el texto original, sino que lo ha armonizado con algunas de las normas surgidas en el contexto de crisis de estos últimos años. Pues bien, en estas dos últimas normas (Ley 30/1984 y EBEP) han alterado notablemente el modelo de empleo público español que se desarrolló durante el s. XX al introducir como elemento clave organizativo el puesto de trabajo y al consagrar la dualidad funcionarios/laborales. Es decir, frente al modelo burocrático clásico de cuño weberiano imperante en España hasta entonces se introdujeron modelos de gestión propios del ámbito anglosajón y la entonces novedosa *New Public Management*. Defenderemos más adelante la tesis de que las nuevas circunstancias políticas y la inusitada expansión del Estado social que proclama el art. 1.1 de la Constitución de 1978 necesariamente da lugar a la ruptura –aunque sólo sea parcial– del modelo burocrático clásico.

3. EL MODELO BUROCRÁTICO CLÁSICO O WEBERIANO

El pensador que mejor ha descrito el modelo clásico de burocracia ha sido Max Weber. Weber distingue tres tipos de autoridad: autoridad tradicional, autoridad carismática y autoridad legal o racional. Así, frente a la legitimidad de la tradición o del carisma de un líder, se presenta la legitimidad de normas impersonales a las que todo el mundo debe obediencia. Es en este último sistema de legitimidad y ejercicio del poder en el que tiene un lugar privilegiado el modelo burocrático clásico y es en él donde aparece el “tipo ideal” de burocracia y de burócrata. El modelo burocrático es necesario para el modelo de autoridad legal o racional, pues la impersonalidad de la burocracia se adapta a la perfección a la impersonalidad del modelo legal-racional, sobre todo, tras la formación del concepto ilustrado de Ley como norma general de aplicación igualitaria y sin excepciones. En definitiva, el modelo burocrático clásico es un modelo de organización administrativa racionalista, tanto desde el punto de vista de búsqueda de la eficacia, como de la consecución de los ideales ilustrados de planificación social y de aplicación igualitaria de la Ley en la que no caben excepciones.

El “tipo ideal” de burocracia weberiana tiene las siguientes características esenciales o estructurales:

1. Carácter legal de las normas y de los reglamentos.
2. Carácter formal de las comunicaciones.
3. Racionalidad en la división del trabajo.
4. Impersonalidad en las relaciones de trabajo. Como anteriormente expusimos, la impersonalidad es una característica de la burocracia

necesaria para conseguir la eficacia de la acción administrativa y el ideal de la Ley sin privilegios ni excepciones. La objetividad y neutralidad del funcionario es un requisito necesario para hacer realidad el principio de igualdad en la aplicación de la Ley. Nos gustaría destacar que el impersonalismo burocrático no sólo se manifiesta *ad extra*, sino también *ad intra* hacia el propio funcionario. El funcionario debe diferenciar entre sus valores personales y los valores de la organización a la que sirve. El deber de obediencia del funcionario le exige que no cuestione la bondad de la Ley que aplica, simplemente debe verificar que es la norma aplicable al caso. Esto es, el funcionario carece de voluntad propia en el desempeño de su trabajo, de manera que si el juez es «la boca que pronuncia las palabras de la Ley», aquél es el brazo ejecutor de la misma.

5. Jerarquía bien establecida de la autoridad.
6. Rutinas y procedimientos de trabajo estandarizados en normas, circulares, guías o manuales.
7. Competencia técnica y meritocrática. El mayor orgullo para un funcionario y especialmente en los cuerpos de élite de la Administración es la conciencia de su alta cualificación profesional fruto de un importante esfuerzo de formación para la superación de oposiciones. Y aquí encontramos otro elemento igualitario en la burocracia: el acceso en virtud de los méritos y capacidad de la persona presupone que las pruebas selectivas se efectúan en condiciones de igualdad. De hecho, todos los especialistas en empleo público reconocen como una indisoluble unidad los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.
8. Especialización de la administración y de los administradores, como una clase separada y diferenciada de la propiedad.
9. Profesionalización de los participantes, que se configura como vitalicia para asegurar la objetividad de la actuación del funcionario público, pues raramente un funcionario compromete su carrera profesional por veleidades económicas o políticas. Para asegurar la profesionalidad del burócrata debemos recordar que el acceso y la carrera profesional se rigen por la meritocracia. En este modelo el buen profesional podrá acceder a la Administración y progresar en ella en virtud de sus méritos y no por su afición política. Asimismo, esta profesionalización se desarrolla en un régimen jurídico especial: la relación estatutaria regulada por el Derecho administrativo.
10. Completa previsibilidad del funcionamiento, lo que es resultado de todas las características anteriores. La previsibilidad es un factor esencial para la eficacia de toda política pública y en este sentido es esencial la impersonalización de los funcionarios para que no opongan resistencias internas, el formalismo organizativo y funcional, la jerarquía interna, la competencia técnica y profesionalidad de los burócratas o la homogeneización de los procedimientos.

4. EL ESTADO SOCIAL Y LA RUPTURA DEL MODELO CLÁSICO DE BUROCRACIA

Es un asunto bien estudiado por los administrativistas y, sobre todo, en el ámbito de la Ciencia de la Administración la relación entre los fines a los que sirve la Administración, los métodos para alcanzarlos y la organización del empleo público.

El Estado social va a suponer una gran transformación del Estado, pues a los fines de mantenimiento del orden público y económico propio del Estado liberal se suman los fines asistenciales del Estado del Bienestar. Y tal transformación del Estado dará lugar a una nueva configuración de la estructura administrativa, tanto en la extensión de la Administración como en los métodos de actuación de la misma. En palabras de Martín-Retortillo: «los fines impuestos a la Administración influyen no sólo sobre la magnitud de su actividad, sino también sobre los procedimientos adoptados para llevar a cabo tales actuaciones».

Dos consecuencias inmediatas tendrían, pues, la implantación del Estado social en la Administración:

1. El incremento de su actividad o intervención, si bien, no necesariamente debe producirse con sus propios medios, es decir, la externalización de servicios también puede ser un medio de desarrollo del Estado social. Este aspecto lo veremos más detenidamente en el siguiente punto. No obstante, este incremento de intervencionismo estatal es doblemente relativo pues de un lado están en constante debate los sectores o servicios que han de ser estatizados y de otro lado es graduable la intervención en cada uno de los sectores objeto de intervención pública. Así, en otros tiempos se consideraban tan esenciales al intervencionismo público del Estado social los servicios de telefonía o de correos –de hecho eran monopolios estatales- como actualmente se consideran intocables la sanidad y la educación.

2. La segunda consecuencia son las mutaciones en la forma de actuar la Administración. En relación con el punto anterior, ya señalamos que el incremento de intervención pública no necesariamente debe implicar en un incremento de su actividad directa, pues también forma parte del Estado social la prestación de un servicio público de forma indirecta mediante el contrato de concesión de servicios regulado en la Ley de Contratos del Sector Público o los servicios de interés general, novedosa categoría propia del Derecho Comunitario incorporada en algunas legislaciones autonómicas como la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (LAULA), que incluye los servicios públicos reglamentados, en los que la actividad es privada pero reglamentada por los poderes públicos para asegurar la prestación del servicio de forma universal y con unos estándares mínimos de calidad a la par que se descarga a la Administración de la obligación de soportar el peso de mantener financieramente dicho servicio.

Pero mucho más relevante es otro fenómeno que es consecuencia directa del Estado social y que ya es un problema clásico en nuestra doctrina. Nos referimos al fenómeno de la «huida del Derecho administrativo». Efectivamente, mientras que la Administración se limitaba a la actividad de policía y limitadamente a la de fomento, el modelo de Administración clásico, es decir, una Administración regida por el Derecho administrativo y servida por burócratas, cumplía con eficacia tales labores; pero en el momento en el que entre los fines de la Administración se incluye la prestación de servicios asistenciales y de carácter económico, dicho modelo se revela ineficaz y rígido, frente a la agilidad y rigidez que caracteriza al Derecho privado. Esta es la justificación teórica de las múltiples manifestaciones de la «huida del Derecho administrativo». De hecho, esta tendencia ya fue anticipada por Forsthoff y otros autores y de ella dejó testimonio Martín-Retortillo en un trabajo de juventud² que sirve para prologar la edición española de la obra recopilatoria *Estado de Derecho en mutación. Trabajos constitucionales 1954-1973*:

«Sabemos que la Administración hace uso en muchas ocasiones de ese derecho estamental que en torno a ella se ha creado y que es el Derecho administrativo. Decimos en ocasiones, porque también la Administración utiliza el otro Derecho común a toda clase de sujetos, el Derecho privado. Entonces, para la consecución de las prestaciones vitales, ¿usará necesariamente la Administración pública su derecho estamental, o podrá también perseguirlas sometiéndose a las normas que utilizan los demás sujetos? Categóricamente hay que contestar cómo aquella actividad que la Administración pública pueda realizar, en relación con las prestaciones vitales a satisfacer, no se ha de llevar a cabo necesariamente en los moldes del Derecho administrativo. Forsthoff se refiere muy intensamente a esta solución, y la experiencia diaria la pone de manifiesto. La Administración pública, sin perder por ello su naturaleza, puede utilizar, y de hecho utiliza continuamente los procedimientos y formas que el Derecho privado le proporciona. Ello no quiere decir que se aparte de sus fines, sino contrariamente, lo único que hace es aprovechar los procedimientos que estima más oportunos para llegar a ellos. En muchas ocasiones las formas de “Derecho privado” son capaces de ofrecer una agilidad y flexibilidad que, por el contrario, escapan a las formas de Derecho administrativo. Y si una característica actual de la Administración, que a simple vista se manifiesta, es la de marcar el acento a la hora de su actuación en lo que constituye prestación directa de bienes y servicios, es también de fácil observación cómo esa actuación, genéricamente considerada, se realiza en muchos casos y con intensidad bien significativa haciendo uso de fórmulas de Derecho privado».

Como hemos advertido, la «huida del Derecho administrativo» puede adoptar diferentes rostros. Un buen ejemplo, es el abuso de la Administración instrumental, esto es, la creación de entidades especializadas en la prestación de determinados servicios o la producción de bienes a los que se aplica un régimen especial o directamente el Derecho privado.

Pero a los efectos que a ahora más nos interesan una de las principales manifestaciones de la «huida del Derecho administrativo» la constituye la laboralización creciente del empleo público, que junto con la tecnocracia ha sido determinante para la disolución gradual del modelo burocrático clásico que predominaba en España.

² LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, «La configuración jurídica de la Administración Pública y el concepto de *Daseinsvorsorge*», Revista de Administración Pública, nº 38, 1962.

Efectivamente, el Estado social requiere de un notable incremento de efectivos en la Administración para poder cumplir sus nuevos fines prestacionales y tales nuevos efectivos no han de contar con las mismas cualidades que caracterizaban al burócrata clásico o weberiano, sino que en general van a necesitar conocimientos especializados ya que son muy diversos los sectores a los que ahora va a llegar el intervencionismo estatal. Esta exigencia de especialización asimismo deriva de la sociedad industrial y postindustrial que se caracteriza por el avance continuo de la técnica. En definitiva, nos encontramos con que Estado social y tecnocracia son fenómenos que caminan juntos de la mano y que causan al mismo tiempo la decadencia del jurista burócrata clásico en la Administración, tipo ideal que se va a ir viendo desplazado por el técnico. Así, los juristas deberán compartir la cúspide y los puestos intermedios de la Administración con médicos, científicos, informáticos, ingenieros o arquitectos. Y en los escalones más bajos también se introducirá personal de oficios como electricistas, fontaneros, jardineros, etc., frente al clásico personal burocrático menor constituido por administrativos y auxiliares administrativos. Y al final de este camino, dada esta tendencia de la sociedad industrial y postindustrial a la especialización laboral y la creciente legislación administrativa causada también por un Estado social que interviene de forma regulatoria en todo aspecto vital y social, cual agujero negro del que no escapa ni la luz, los juristas deben convertirse en unos técnicos más de la Administración: especialistas en una rama del Derecho Administrativo que coincide con el sector en el que prestan sus servicios. Lógicamente, esta nueva realidad en la configuración del personal de la Administración debía repercutir en el régimen jurídico del empleo público, de modo que ya no es sostenible un modelo monolítico funcionarial, sino que se impondrá ineluctablemente la dualidad personal funcionario/personal laboral. El gran problema, que analizaremos con mayor profundidad más adelante, ha estado en la polémica delimitación de los campos en los que cada tipo de personal debe actuar y en los abusos fácticos que se han producido contratando personal laboral para eludir los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público.

Con mejor prosa expone este proceso Forsthoff en sus conferencias «El jurista incómodo» y «El jurista en la sociedad industrial», así que a pesar de su longitud transcribiremos algunos párrafos de las mismas:

«En efecto, la pérdida decisiva de terreno que los juristas han experimentado en el ámbito de la administración pública, se ha producido por efecto de la transformación que en la misma ha llevado a cabo un funcionariado con formación previa especializada. Evolución, en el marco administrativo estatal, causante de una serie de víctimas entre las que figura como una más el jurista, y tendencia general que se ha podido venir observando durante la última centuria, agudizada extraordinariamente a lo largo de las últimas décadas. Su resultado consiste en la expansión de una administración técnica, cuyos recortes se ven permanentemente acrecentados. La especialización que registra no impide, por otra parte, que en su ámbito continúe imponiéndose el funcionario correspondiente; al igual que en el sistema escolar se impone el pedagogo, en el sanitario el médico, o en el del transporte el técnico del área, etc. Es decir, que así como antaño era el jurista quien dominaba en el ámbito administrativo del Estado, ahora en este medio tiempo bien puede decirse que ha sido el funcionario técnico el que ha pasado a hacerse cargo de su herencia, sin que por esto pueda decirse que se ha prescindido completamente del causante. Sí es el caso, sin embargo, que paulatinamente se le ha ido arrinconando en el papel de mero consultor jurídico. En pocas palabras, que tan

solo toma parte marginal en la administración propiamente dicha, y que lo hace como integrante de una especie de departamento legal para la prevención de accidentes.

Una modificación estructural, en suma, que hace factible “aclarar” del modo más sencillo cómo las tareas estatales han devenido en otras y que, por lo tanto, la actual administración del Estado se enfrenta a exigencias para las que está mucho mejor preparado el funcionario con previa formación técnica (médico, arquitecto, maestro, ingeniero, etc.) que el jurista».

«De modo que así fue, al compás de la reforma prusiana, como se emancipó la vida social de los desvelos de un Estado, cada vez más retrotraído a asumir el papel de garante del orden.

Una limitación, ciertamente, que en gran medida satisfacía las aspiraciones vocacionales del jurista en la administración. Porque éste no es ni un conquistador ni un reformador, ni pretende constituirse en organizador social alguno, sino alguien que ordena las relaciones vitales y hasta eso la hace en un especial sentido. Con su oficio incorpora la neutralidad. Él no es abogado de causa alguna a la que se sienta obligado, pues lo que ve como propio es el sentido de la objetividad al que subordina sus propias convicciones. Se sabe vinculado al orden que a través de la ley y el derecho se conforma, y es conoedor, en definitiva, de la enorme significación del procedimiento reglado: del *audiatur et altera pars*. Capacidades y cualidades, en suma, que al jurista se le presuponen, que durante el siglo XIX perduraron y que, así al menos debería ser, en cualquier Estado de derecho le aseguran natural preeminencia.

Una categoría la de jurista, en definitiva, a la que necesariamente se le asocian unas cualidades que, a su vez, siempre le han comportado reproches. A saber: la falta de un sentido de la iniciativa, un conservadurismo refractario a toda novedad, el pensamiento apegado al formalismo, la parsimonia procedimental y, muy sobre todo, la falta de un específico conocimiento técnico que vaya más allá del saber puramente jurídico; esto es en lo referido, al conocimiento profundo de la materia que forma parte de los compartimentos del ámbito que administra: economía, cultura, higiene, medicina, asuntos administrativos sociales, etc.»

«Por diversas razones, como veremos, la estatalidad actual tiene por mucho más adecuado al técnico que al jurista. El saber técnico, comprometido y alineado en orden a un estado de perfección, se representa ciertamente de un modo individualmente diferenciado y dependiente de los fundamentos religiosos o ideológicos que tenga vinculados. El funcionario de la administración, cuyos actos estén motivados a partir de su saber técnico, cifrará su compromiso, consciente o inconscientemente, en la representación del perfeccionamiento que él mismo haya elaborado. En consecuencia, y en la medida que le sea posible, sus esfuerzos se dirigirán al logro del estado de perfección».

«En una sociedad con tales características, que ha creado además los presupuestos para ello, al jurista no le queda otra, si quiere optar a una función directiva, más que la de ser él mismo un técnico».

«Nada se exagera lo más mínimo, en todo caso, cuando se afirma que el jurista de nuestros días, en todas y en cada una de las especialidades de nuestro derecho, ha dejado de estar en disposición de observar medianamente todos y cada uno de los procedimientos. De manera que al profesional especializado en una concreta rama del derecho, tal circunstancia le proporciona una natural supremacía. La misma que, inevitablemente, lo estará alejando del tipo de jurista de antaño que previamente hemos caracterizado. Pues al disponer en exclusiva de un conocimiento especializado que lo legitima, y al que legitima, está transformándose por sí mismo en técnico».

«Para el jurista al viejo estilo, que atesoraba, junto a unos más que fundamentales conocimientos legales, un instruido sentido de la justa medida y una idea muy exacta del procedimiento acertado, resultaba de la mayor importancia ser conoedor de la corriente de las ideas a través de la historia. En otras palabras: el hecho de ser un hombre instruido. Para el

técnico profesional del derecho, por el contrario, el saber formativo sólo tiene interés práctico en situaciones límite. Y no porque su posesión sea considerada como mero factor de satisfacción intelectual, que tampoco, sino porque es un hecho el que ya no se encuentre disponible como inconsútil al conocimiento jurídico».

«Y si bien yo sería el último que, en la actual administración, negara la existencia de profesionales de la ley que respondan al patrón de los viejos buenos tiempos, esa no sería en absoluto la cuestión, porque en esto lo decisivo es que, en la actualidad, aquellas enriquecedoras cualidades personales han dejado de exigirse, y lo que se demanda a la hora de las prestaciones, en primerísimo lugar, no es otra cosa más que el conocimiento técnico. Capacidad y saberes técnicos, que son capital intelectual, y se desarrollan desde una parcial cualidad individual carente de relación con el conjunto de la personalidad. Por lo que a la confianza no es acreedor tanto el individuo, como el saber técnico del que se espera dé lugar al consiguiente y confiable servicio».

El efecto del expansionismo público debido al Estado del Bienestar en la gestión administrativa también ha sido estudiado en España por muchos autores. De todos ellos destacaremos a López Fernández, quien establece una dicotomía de modelos de gestión administrativa: el modelo burocrático-garantista frente al modelo de prestación de servicios. Serrano Pascual, siguiendo a López Fernández, nos describe esta dicotomía de forma resumida³:

«El primero de los modelos partiría del establecimiento de una norma jurídica y sucesivamente se producirían las siguientes fases: se presentan los supuestos de hecho; el funcionario recoge toda la información para decidir sobre la norma aplicable; el funcionario determina cuál es la norma jurídica aplicable al hecho; el funcionario establece la solución que ampara la norma aplicable y el ciudadano puede recurrir la decisión administrativa.

En el modelo de prestación de servicios la secuencia sería la siguiente: los responsables políticos fijan los objetivos estratégicos; se acopia la información y se analizan las alternativas posibles para alcanzar esos objetivos; se planifica la actividad y se fijan los objetivos técnicos a alcanzar, compatibles con los objetivos estratégicos; se estructura la organización para la consecución de los objetivos, distribuyendo recursos y fijando responsabilidades; se ejecuta de acuerdo a lo planificado y finalmente, se lleva a cabo la evaluación y tiene lugar la comparación de los resultados obtenidos con los objetivos perseguidos».

Esta dicotomía refleja una vez más cómo el modelo burocrático es el más adecuado para el desarrollo de las funciones tradicionales de policía, pero no lo es, y por ello es sustituido por otro modelo, para las funciones de servicio público propias del Estado social.

5. EL EMPLEO PÚBLICO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978: LAS SSTC 99/1987 Y 37/2002

La Constitución Española de 1978 no regula de forma prolija el modelo de empleo público de nuestras Administraciones Públicas. De hecho, sólo son dos los preceptos específicamente dedicados al empleo público, los cuales ni siquiera constituyen artículos completos, aunque existen otros que indirectamente afectan a su

³ SERRANO PASCUAL, Antonio: *El personal de las Entidades locales. Análisis de su régimen jurídico*, El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, Madrid, 1997.

régimen jurídico o que determinan las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre la materia. Dichos preceptos son los siguientes:

Art. 23.2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las Leyes.

Art. 103.3. 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.

Lo primero que hemos de destacar es que en ambos preceptos se establecen los principios que rigen el acceso al empleo público y que son los reseñados principios de igualdad, mérito y capacidad. Estos tres principios están íntimamente relacionados entre sí desde una perspectiva meritocrática: la igualdad se concibe como igualdad de oportunidades para que cada aspirante a un empleo público demuestre su mérito y capacidad para el acceso al mismo.

En segundo lugar, hay que destacar que mientras el primer precepto es más genérico y puede entenderse referido a todo tipo de empleado público, el segundo solamente tiene como destinatarios a los funcionarios, una clase de empleado público: la clase de empleado público típica del modelo burocrático clásico. Las consecuencias de esta diferenciación son importantes, ya que va a justificar la consagración de un modelo esencialmente dual de empleo público. Y es que prescindiendo por su escaso número del personal eventual, en nuestras Administraciones Públicas podemos distinguir a grosso modo dos clases de empleados con un régimen jurídico diferenciado: funcionarios y laborales. Esta dualidad de regímenes jurídicos en el empleo público arranca en el régimen franquista al reconocerse en la Ley de Funcionarios Civiles la coexistencia de laborales y funcionarios. Si recordamos que el Estado social comienza a manifestarse en España durante el franquismo no nos extrañará que fuera en él el que empieza a quebrarse el modelo burocrático clásico. Sin embargo, es con la redacción original de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de reforma de la Función Pública cuando se impulsa el dualismo citado mediante la laboralización del empleo público español. Sobre ello volveremos un poco más adelante.

En tercer lugar, el art. 103.3 de nuestra Carta Magna reserva a la ley una serie de materias en las que los funcionarios públicos tendrán un régimen específico. Fue la STC 99/1987, de 11 de junio, que precisamente enjuiciaba la constitucionalidad de múltiples preceptos de la Ley 30/1984, la que clarificó en gran medida el alcance de la reserva de ley determinada por el art. 103.3, tanto en lo que se refiere a la concreción de las materias relacionadas por la Constitución como por lo que respecta al alcance de la reserva de ley en cada materia determinando las relaciones entre Ley y reglamentación de desarrollo. Los recurrentes afirmaban que «entre las materias que la Constitución reserva a la Ley se encuentra la regulación del Estatuto de los funcionarios públicos. Ello responde –añaden– a una clara fundamentación, ya que la aplicación de los principios del Estado de Derecho exige, en cuanto garantía de la estabilidad y profesionalidad de los servidores públicos, que las normas se encuentren reguladas por Ley en cuanto exigencia de la objetividad, que debe presidir el actuar de la Administración Pública. Pues bien, dicho principio debe entenderse claramente conculcado por la Ley 30/1984, como lo prueba el uso y abuso de la técnica de

deslegalización en que incurre, y las constantes habilitaciones que al Gobierno efectúa para que reglamente cuestiones que son propias de reserva legal».

En concreto, respecto a la dualidad de empleados públicos reconocida en el art. 15 de la Ley 30/1984, los recurrentes consideraban tal precepto «inconstitucional por conferir al Ministerio de la Presidencia la potestad para la determinación de los puestos de trabajo que se reserven a los funcionarios públicos. La formulación contenida en su apartado 1.º violenta los principios de mérito y capacidad».

Con carácter general el TC responde en el FJ 3º lo que sigue:

«En el art. 103.3 de la Constitución se establece, efectivamente, una reserva para la regulación por Ley de diversos ámbitos de la Función Pública, entre los que se cuenta el «Estatuto de los funcionarios públicos». Esta materia queda, así, sustraída a la normación reglamentaria, mas no en el sentido de que las disposiciones del Gobierno no puedan, cuando así lo requiera la Ley, colaborar con ésta para complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia reservada, pues esta colaboración que, en términos de política legislativa, habrá de resultar pertinente en muchos casos, no será contradictoria con el dictado de la Constitución cuando la remisión al reglamento lo sea, estrictamente, para desarrollar y complementar una previa determinación legislativa.

En este ámbito, por lo tanto, habrá de ser solo la Ley la fuente introductora de las normas reclamadas por la Constitución, con la consecuencia de que la potestad reglamentaria no podrá desplegarse aquí innovando o sustituyendo a la disciplina legislativa, no siéndole tampoco posible al legislador disponer de la reserva misma a través de remisiones incondicionadas o carentes de límites ciertos y estrictos, pues ello entrañaría un desapoderamiento del Parlamento en favor de la potestad reglamentaria que sería contrario a la norma constitucional creadora de la reserva. Incluso con relación a los ámbitos reservados por la Constitución a la regulación por Ley no es, pues, imposible una intervención auxiliar o complementaria del reglamento, pero siempre –como se dijo en el fundamento jurídico 4.º de la STC 83/1984, de 24 de julio–, que estas remisiones «sean tales que restrinjan, efectivamente, el ejercicio de esa potestad (reglamentaria) a un complemento de la regulación legal, que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley», de tal modo que no se llegue a «una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir».

(...) El concepto de «Estatuto de funcionarios públicos» es, de entre estos enunciados constitucionales, el que requiere ahora de una atención más específica, pues sólo determinando el alcance de la reserva de este modo introducida será posible examinar la consistencia de buena parte de los reproches de inconstitucionalidad dirigidos por los recurrentes a las disposiciones que impugnan».

En este marco, respecto al art. 15 de la Ley 30/1984, el TC declara lo siguiente:

«El art. 15 se refiere a las «relaciones de puestos de trabajo de la Administración del Estado», debiendo circunscribirse su impugnación al último inciso del apartado 1.º de este precepto, donde se encomienda al Ministerio de la Presidencia determinar 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». 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, 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 art. 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) en favor de un régimen estatutario para 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.

No se hizo así, como se ve, en el último inciso del art. 15.1 que ahora se examina. 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 art. 103.3 de la Constitución y, de este modo, una plena renuncia del legislador a su tarea de establecer en este punto, ciertamente crucial para la estructura de las Administraciones Públicas y de la propia Función Pública, condiciones y límites materiales sobre las determinaciones concretas que puedan ser adoptadas por los órganos de la Administración. Tal necesario encuadramiento legislativo de las decisiones de quienes hayan de aplicar o desarrollar las propias normas de la Ley no viene dado en este precepto, desde luego, por su mención como pretendido criterio para las decisiones sobre esta reserva de puestos de trabajo, a «la naturaleza de su contenido» propio, imprecisa referencia que no vincula efectivamente a la decisión administrativa. Este último inciso del art. 15.1 («debiendo especificar aquellos puestos que, en atención a la naturaleza de su contenido, se reservan a funcionarios públicos») es inconstitucional y ha de ser declarado nulo».

Es curioso cómo el TC introduce *obiter dicta* la afirmación de que de los arts. 103.3 y 149.1. 18º se desprende la opción genérica del constituyente a favor de un régimen estatutario para los servidores públicos, sin fundamentación alguna y sin tener relación directa con la *causa petendi*, que como hemos visto era la conculcación de la reserva de ley en la materia. Está claro que los magistrados del TC tenían muy presente en sus pensamientos la discusión sobre el modelo de empleo público y la ruptura del modelo burocrático clásico que se estaba produciendo en las Administraciones Públicas españolas de forma acelerada durante aquellos años y que era facilitado por el reseñado art. 15 de la Ley 30/1984.

Más adelante, el TC aun manteniéndose en la misma afirmación de la preferencia general de la Constitución por el estatuto funcionarial, suavizó sus exigencias respecto a la reserva de ley respecto a la determinación de los puestos a desarrollar en exclusividad por funcionarios. Nos referimos a la STC 37/2002. En esta sentencia se enjuiciaba el art. 92.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), en su redacción original. En el FJ 4º el TC resume las argumentaciones de las partes del siguiente modo:

«La duda de constitucionalidad de la Sala proponente se circunscribe al inciso final del precepto transcrito —“y, en general, aquéllas 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”—, el cual entiende que puede ser contrario a la reserva de Ley que establece el art. 103.3 CE, a la luz de la interpretación que de la misma ha hecho el Tribunal Constitucional en la STC 99/1987, de 11 de junio, en cuanto comprensiva, entre otros aspectos del estatuto funcionarial, de los modos de provisión de los puestos de trabajo al servicio de las Administraciones públicas, ya que, habiendo optado el constituyente por un régimen estatutario para los servidores públicos (art. 103.3, en relación con el art. 149.1.18, ambos de la CE), habrá

de ser también la Ley la que determine en qué casos y con qué condiciones puedan reconocerse otras posibles vías de acceso al servicio de las Administraciones públicas. En aplicación de la doctrina recogida en la citada Sentencia, la Sala considera que el inciso del precepto legal cuestionado infringe la reserva de Ley del art. 103.3 CE, pues el legislador, al actuar como lo ha hecho, ha incumplido la función que le venía impuesta de forma irrenunciable por dicha reserva de Ley, al efectuar en la materia un apoderamiento a la facultad reglamentaria que excede de los límites permitidos para aquélla, dado que los conceptos de “objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función” no pasan de ser conceptos jurídicos indeterminados, cuya abstracción difícilmente puede representar una vinculación efectiva para la Administración y que, en cualquier caso, no cumplen la exigencia de “una determinación material suficiente” en el ámbito respectivo, siendo todo lo más meras indicaciones formales que no satisfacen las exigencias constitucionales de la reserva de Ley del art. 103.3 CE. En apoyo de su argumentación la Sala compara la nueva redacción que al inciso final del art. 15.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, declarado inconstitucional en la STC 99/1987, de 11 de junio, le dio la Ley 23/1988, de 28 de julio, con el cuestionado art. 92.2 LBRL, ya que en aquel precepto se establece un sistema justamente inverso al que se recoge en éste, pues mientras que en el art. 92.2 LBRL se tasan unas pocas funciones que quedan reservadas a los funcionarios públicos, abriéndose la posibilidad de cubrir todos los demás puestos de trabajo con personal laboral, en la nueva redacción del art. 15.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, se tasan precisamente los puestos que pueden ser ocupados por personal laboral, reservándose todos los demás a los funcionarios públicos.

El Abogado del Estado entiende, en síntesis, que el art. 92.2 in fine LBRL no incurre en la genérica imprecisión que se imputó al art. 15.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, en la STC 99/1987, de 11 de junio, pues los parámetros de objetividad, imparcialidad e independencia son los que han de regir las decisiones de la Administración pública, de manera que el precepto viene a recoger como criterio que los contratados laborales que presten servicios en la Administración no podrán desempeñar funciones de especial responsabilidad en garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia, es decir, sólo podrán ocupar puestos de trabajo que no requieran la adopción de decisiones de especial trascendencia, los cuales exclusivamente podrán ser cubiertos por quienes tengan la condición de funcionario. De modo que, aun cuando el precepto en su inciso final no fija por sí solo las condiciones exigibles para ocupar puestos como funcionario o contratado laboral en el seno de la Administración pública, sí establece criterios suficientemente definidos que, junto con otros previstos en la propia Ley, contienen las condiciones y límites materiales sobre las determinaciones concretas que pueden ser adoptadas por la Administración.

Por su parte el Fiscal General del Estado coincide con la Sala proponente en el sentido de que los términos “objetividad, imparcialidad e independencia” del art. 92.2 LBRL no pasan de ser meros conceptos jurídicos indeterminados, insuficientes para determinar qué concretos puestos de trabajo quedan reservados a los funcionarios de la Administración local y cuáles pueden ser encargados al personal contratado o laboral por disposición reglamentaria. En su opinión las referencias a los principios garantizadores de la objetividad, imparcialidad e independencia de la función otorgan un margen excesivamente amplio al desarrollo legal, por lo que entiende, en definitiva, que el art. 92.2 LBRL no respeta suficientemente la reserva de Ley establecida en el art. 103.3 CE».

Y más adelante resuelve la cuestión de inconstitucionalidad en el FJ 6º con la siguiente argumentación:

«A la luz de la doctrina constitucional expuesta ha de ser examinada la duda de constitucionalidad que al órgano judicial le suscita el art. 92.2 LBRL. El precepto en cuestión, antes transcrito, enumera en su primer inciso una serie de funciones, que expresamente califica como públicas, cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente al personal sujeto al estatuto funcionarial. Tales funciones son 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 y las de contabilidad y tesorería, las cuales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 92.3 LBRL, son funciones públicas necesarias en todas las corporaciones locales, cuya responsabilidad administrativa está reservada a funcionarios con habilitación de carácter nacional. Este elenco inicial se completa en el segundo inciso del precepto, al que se circunscribe la duda de constitucionalidad, con la consideración de que también son funciones públicas y, por lo tanto, han de ser desempeñadas por personal sujeto al estatuto funcional, “en general, aquellas que en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad o independencia en el ejercicio de la función”.

Cierto es que respecto a las funciones no calificadas en la LBRL como necesarias en todas las corporaciones locales el precepto cuestionado no especifica qué concretas funciones han de ser desempeñadas por personal sujeto al estatuto funcional, remitiendo su determinación al desarrollo del mismo. Sin embargo, **tal remisión, limitada a la clase de funciones referida, no puede estimarse incondicionada o carente de límites pues en el propio precepto se disponen los criterios o parámetros que han de inspirar en su desarrollo la determinación de las funciones que han de ser desempeñadas por funcionarios públicos, cuales son la garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función pública. Criterios que, aunque genéricos en su formulación, poseen un contenido que es susceptible de ser delimitado en cada caso en concreto en atención a las características de la función o puesto de trabajo del que se trata e imponen, por lo tanto, una efectiva sujeción en la determinación de las concretas funciones, no calificadas como necesarias en todas las corporaciones locales, que han de ser desempeñadas por personal sujeto al estatuto funcional.**

Es más, considerando en su totalidad el art. 92.2 LBRL, y no aislando, como se hace en el Auto de planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad, su segundo inciso, el precepto contiene, como señala en su escrito de alegaciones el Abogado del Estado, una determinación material que sería, por sí, suficiente de las funciones que han de ser desempeñadas por funcionarios públicos y, a sensu contrario, de las que no pueden ser encomendadas al personal contratado, el cual no podrá ocupar aquellos puestos de trabajo que impliquen el ejercicio de las funciones enumeradas en el primer inciso del art. 92.2 LBRL, esto es, las que impliquen ejercicio de autoridad y las calificadas como necesarias en todas las corporaciones locales, ni las que se exijan para mejor garantía de objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función pública.

A lo que hay que añadir que para poder afirmar que se ha vulnerado la reserva de ley ex art. 103.3 CE habría que tomar en consideración, no sólo la legislación básica en él contenida, sino también la de desarrollo.

Hay que concluir, pues, que el art. 92.2 LBRL no vulnera la reserva de Ley que establece el art. 103.3 CE, debiendo ser desestimadas en este extremo las presentes cuestiones de inconstitucionalidad, sin que a tal conclusión pueda oponerse la valoración más positiva que por la Sala proponente le merece la técnica utilizada por el legislador al dar en la Ley 23/1988, de 28 de julio, nueva redacción al art. 15.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, que la empleada al redactar el art. 92.2 LBRL, pues el juicio de constitucionalidad no es un juicio de técnica legislativa, ni el Tribunal Constitucional es Juez de la corrección técnica (SSTC 109/1987, de 29 de junio, FJ 3; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 2)».

De los dos argumentos utilizados por el TC para salvar la constitucionalidad del art. 92.2 de la LBRL, precisamente el más pobre es el que utiliza de forma principal, pues además de que es muy discutible que con los principios establecidos por dicho precepto sea factible controlar judicialmente la discrecionalidad de la Administración en la determinación de los puestos que corresponden a funcionarios y a laborales, en todo caso no se puede considerar que, tal y como exigía la STC 99/1987, «restrinjan, efectivamente, el ejercicio de esa potestad (reglamentaria) a un complemento de la regulación legal, que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el

cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley», sino que la Administración realmente determinará ex novo tal delimitación.

Sorprendentemente, el TC sólo cita de paso el hecho de que la LRBRL, al ser una norma básica susceptible de desarrollo legislativo por las Comunidades Autónomas no tiene por qué agotar la regulación de la cuestión. En este sentido, creemos muy acertada la argumentación del abogado representante de la Generalidad de Cataluña que se recoge en el antecedente 6º a la que nos remitimos.

Con independencia de la valoración de la argumentación utilizada, el hecho cierto es que esta sentencia abrió el camino de la regulación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

6. EL EBEP: LA CONSAGRACIÓN DE LA DUALIDAD DE RÉGIMENES EN EL EMPLEO PÚBLICO

El Gobierno de la Nación resultante de las elecciones de 2004 decidió impulsar la aprobación de la Ley de Función Pública prevista en el art. 103.3 de la Constitución, idea que pronto se transformó en la pretensión de aprobar un Estatuto del Empleado Público al asumirse la existencia consolidada de la dualidad funcionarios/laborales. Para ello, «por Orden APU/3018/2004, de 16 de septiembre, se constituyó la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, con la finalidad de “llevar a cabo los análisis y estudios previos así como la elaboración de un documento que sirva de base para la posterior elaboración del anteproyecto” de dicho Estatuto».

El Informe de dicha Comisión, emitido el 25 de abril de 2005, comienza analizando la situación del empleo público en el conjunto de Administraciones Públicas en España y su evolución desde la promulgación de la Constitución de 1978. Se constata el crecimiento de efectivos, consecuencia de las nuevas funciones que se han venido desarrollando que son propias del Estado social que como expusimos, tuvo su gran expansión en los años 80; expansión que llegó hasta la crisis económica que comenzó en 2008 y que ha empezado a remitir en los dos últimos años. Esa expansión del Estado del Bienestar y de efectivos, sin embargo, también ha supuesto el crecimiento y consolidación del personal laboral en la Administración, una realidad especialmente implantada en la Administración Local. Sin embargo, la legislación no se encontraba adaptada a la realidad de una Administración prestadora de funciones y servicios muy heterogéneos, lo que al final llevaba a la búsqueda de regímenes especiales para evitar las rigideces del Derecho administrativo.

En similares términos se expresaba el Informe de la Comisión:

«La legislación general vigente en materia de función pública, elaborada en momentos históricos muy diferentes al nuestro (1964 y 1984), adolece, sin embargo, de un exceso de uniformidad. En parte por esta misma razón, se ha producido paulatinamente una proliferación de regímenes o estatutos especiales para determinados grupos de empleados públicos.

La consecuencia más relevante de esta situación ha sido y sigue siendo la exclusión de un porcentaje creciente de empleados públicos del estatuto de los funcionarios públicos y su sometimiento, aún con sensibles peculiaridades, al derecho laboral.

Aunque esta tendencia a la laboralización o “privatización” de las relaciones de empleo público, que no es exclusiva de nuestro país, puede haber tenido también otras causas más estratégicas, se explica ante y sobre todo por la conveniencia, sentida por Administraciones o en áreas muy diferentes de la gestión pública, de eludir el rigor de las normas que regulan la función pública, sobre todo en aspectos relativos al acceso al empleo público, a la carrera profesional, a la asignación de tareas, a la movilidad y al régimen de retribuciones. Se trata, además, de una tendencia tan extendida que no sólo alcanza a los empleados públicos que se dedican a la prestación de servicios públicos, económicos, sociales o culturales -empleados que, sociológicamente hablando, realizan tareas semejantes a las que podrían prestarse o se prestan por las empresas privadas-, sino también a otros que tienen asignadas funciones típicamente administrativas de regulación y control, como sucede con el personal de algunas de las entidades o autoridades independientes de regulación de los mercados.

La dualidad de regímenes jurídicos en el empleo público, estatutario o administrativo y laboral, se ha desarrollado de tal manera en las últimas décadas que es ya consustancial a nuestro paisaje administrativo, a nuestro modelo de empleo público. Es decir, se trata de una situación consolidada, al igual que en otros Estados europeos, que si bien no tiene en el nuestro un expreso respaldo constitucional, como por ejemplo en Alemania, tampoco puede considerarse contraria a la Constitución.

De hecho, el Tribunal Constitucional nunca ha considerado ilegítima la contratación de empleados públicos con sujeción al derecho laboral. Se ha limitado, por el contrario, a señalar la preferencia del texto constitucional por la relación estatutaria en el empleo público “con carácter general” (STC 99/1987, de 11 de junio), preferencia que en la práctica no se ha respetado. Inclusive las consecuencias que ha deducido de aquella preferencia, en relación a la determinación legal de las funciones reservadas a funcionarios o que pueden ser desempeñadas por personal laboral, se han flexibilizado de manera considerable en la jurisprudencia más reciente (STC 37/2002, de 14 de febrero)».

En definitiva, el Informe asume como inevitable y necesaria la dualidad de regímenes jurídicos, pero a continuación plantea como solución avanzar en la convergencia de los mismos:

«Ahora bien, que en el personal de las Administraciones Públicas se integren tanto profesionales que son nombrados funcionarios como otros que tienen un contrato laboral no puede hacer olvidar que unos y otros forman parte del empleo público, por el tipo de entidad para la que prestan sus servicios, y menos aún implica desconocer que el empleo público presenta características y comporta exigencias que lo diferencian del empleo en el sector privado.

Es este también un axioma universal, aplicable incluso en aquellos países en que las relaciones de empleo público se han laboralizado sustancialmente. Puesto que el empleador público, esto es, la Administración, no es una empresa privada sino que tiene un estatuto constitucional diferente, puesto que su función –y, por ende, la de su personal- es en todo caso la de servir con objetividad los intereses generales y puesto que sus empleados son retribuidos con fondos públicos, forzoso es deducir algunas consecuencias de régimen jurídico aplicables por igual a todos ellos.

Estas peculiaridades comunes del régimen jurídico del empleo público se han venido reconociendo en buena parte por la legislación, a medida que se desarrollaba la dualidad de situaciones jurídicas mencionada, aunque siempre con cierto retraso.

(...) Esta solución aparece a día de hoy en nuestro país como la más razonable y viable para resolver los problemas de indefinición jurídica, de elusión de los principios constitucionales sobre el empleo público y de gestión de recursos humanos que hemos señalado.

Por el contrario, la opción de dotar a todos o a la inmensa mayoría de los empleados públicos de un estatuto funcionarial en sentido estricto resulta poco factible. Así lo demuestra la

experiencia histórica, no sólo en nuestro país sino en otros de nuestro entorno, ya que incluso en aquéllos que tienen una más acendrada tradición de función pública estatutaria se ha tenido que recurrir para determinadas funciones o tareas a regímenes contractuales, buscando una mayor flexibilidad. De otro lado, la funcionarización generalizada sería poco adecuada y menos aún comprensible en algunos sectores del empleo público, como por ejemplo, las entidades públicas empresariales. Una opción semejante no haría, en la práctica, sino incrementar probablemente las vías de escape del régimen funcionarial.

En cuanto a la alternativa consistente en una laboralización general de la relación de empleo público, aún con excepciones y con salvaguarda de sus peculiaridades, que es la que han adoptado algunos países europeos, resulta difícil de proponer en nuestro caso, pues tropieza con los límites constitucionales que hemos avanzado y, más allá de ellos, con una tradición arraigada, que no es posible desconocer y que tampoco resulta útil abolir, en la medida en que el régimen de los funcionarios públicos adquiera los elementos de flexibilidad hoy imprescindibles.

(...) Por todo ello, la Comisión propone **la elaboración y aprobación de un Estatuto Básico del Empleado Público, que integre los principios y normas esenciales aplicables a todos los empleados públicos, ya tengan la condición de funcionarios o de contratados laborales, sin perjuicio de las reglas específicas que es necesario establecer en el propio texto, por razones objetivas o funcionales, para los funcionarios públicos, por un lado, y para los empleados públicos con contrato laboral, por otro».**

A los efectos que ahora nos interesan, poco importa que al final el texto del EBEP no se acercara suficientemente al objetivo inicialmente planteado, lo importante es la reflexión que se nos ofrece, pues su diagnóstico de la situación coincide plenamente por el realizado por nosotros en los epígrafes anteriores.

El EBEP, como sabemos, no vio la luz hasta abril de 2007 y finalmente el acercamiento de régimen jurídico estuvo muy alejado de las expectativas, por ello, lo más novedoso del EBEP en esta cuestión fue el realizar la clasificación de los empleados públicos con reconocimiento expreso del personal laboral y la delimitación de funciones exclusivas a favor del personal funcionario que se realiza en los arts. 9.2 y 11.2. Y es que para muchos autores, el problema clave de la dualidad de regímenes jurídicos es el de la delimitación de funciones entre funcionarios y laborales. A este problema se refería el Informe de la Comisión de esta sucinta manera:

«Puesto que, como se ha dicho, el concepto de empleado público engloba tanto a los funcionarios como a los empleados con contrato laboral y deben diferenciarse con claridad los puestos de trabajo que corresponden a unos y otros, es preciso responder a esta cuestión esencial.

En cualquier caso, la solución que se dé a la misma debería perder el carácter en exceso polémico que ha tenido hasta ahora, pues lo que se pretende con la aprobación de un Estatuto Básico del Empleado público es, precisamente, reducir las distancias de régimen jurídico entre ambos colectivos».

En la Exposición de motivos del EBEP se mantienen el mismo diagnóstico y las mismas ideas-fuerza del Informe de 25 de abril de 2005. Transcribamos algunos párrafos de la misma:

«El Estatuto Básico del Empleado Público contiene aquello que es común al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones Públicas, más las normas legales específicas aplicables al personal laboral a su servicio. Partiendo del principio constitucional de que el régimen general del empleo público en nuestro país es el funcionarial, reconoce e integra la evidencia del papel creciente que en el conjunto de Administraciones Públicas viene desempeñando la contratación de personal conforme a la legislación laboral para el desempeño

de determinadas tareas. En ese sentido, el Estatuto sintetiza aquello que diferencia a quienes trabajan en el sector público administrativo, sea cual sea su relación contractual, de quienes lo hacen en el sector privado.

(...) En fin, la manifestación más significativa de esa tendencia a la diversidad viene siendo el recurso por muchas Administraciones Públicas a la contratación de personal conforme a la legislación laboral. Si bien por imperativo constitucional no puede ser éste el régimen general del empleo público en nuestro país, ni existen razones que justifiquen hoy una extensión relevante de la contratación laboral en el sector público, no debe desconocerse que un porcentaje significativo de los empleados públicos tienen la condición de personal laboral, conforme a la legislación vigente. La flexibilidad que este régimen legal introduce en el empleo público y su mayor proximidad a los criterios de gestión de la empresa privada explican la preferencia por él en determinadas áreas de la Administración.

Esta dualidad de regímenes, presente también con unas u otras peculiaridades en la mayoría de los Estados europeos, suscita no obstante algunos problemas jurídicos y de gestión de personal, que no pueden dejar de contemplarse y regularse, en sus aspectos esenciales, por una Ley que aspira a ordenar el sistema de empleo público en su conjunto. Es más, como la experiencia demuestra y la jurisprudencia de los Tribunales subraya, la relación laboral de empleo público está sujeta a ciertas especificidades y por eso algunos principios, como los de mérito y capacidad en el acceso, y ciertas normas de derecho público, como el régimen de incompatibilidades, vienen siendo de aplicación común al personal estatutario y al laboral. Más aun, la negociación colectiva del personal al servicio de las Administraciones Públicas, aunque separada para uno y otro tipo de personal hasta este momento, ha tenido como consecuencia una creciente aproximación de las condiciones de empleo que les afectan. Por eso, sin merma de la aplicación de la legislación laboral general en lo que proceda y siguiendo las recomendaciones de los expertos, conviene regular en el mismo texto legal que articula la legislación básica del Estado sobre la función pública aquellas peculiaridades de la relación laboral de empleo público. El presente Estatuto contiene, pues, también las normas que configuran esta relación laboral de empleo público, en virtud de la competencia que atribuye al Estado el artículo 149.1.7 de la Constitución».

Ahora bien, el objetivo del Informe de que se produjera un acercamiento de regímenes jurídicos próximo a la homogeneización de funcionarios y laborales se quedó sólo en intención, puesto que, salvo en algunas materias como la disciplinaria, funcionarios y laborales siguen conservando un régimen jurídico bien diferenciado. Asimismo, en la Exposición de motivos no se hace alusión alguna a la delimitación de funciones entre funcionarios y laborales.

Centrándonos en lo que determina el articulado del EBEP respecto a la delimitación de funciones entre funcionarios y laborales, seguirá la senda abierta por la STC 37/2002, por lo que sólo establecerá unos principios generales que aseguran la exclusividad de los funcionarios públicos para el desempeño de algunas funciones estratégicas y se dejará a la legislación de desarrollo dictada por el Estado y las Comunidades Autónomas la concreción de los puestos de trabajo que han de ser ejercidos en cada Administración por una u otra clase de personal. En definitiva, los arts. 9.2 y 11.2 del EBEP tienen el siguiente contenido:

Art. 9.2. En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la Ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca.

Art. 11.2. Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto establecerán los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral, respetando en todo caso lo establecido en el artículo 9.2.

Se puede apreciar que la regulación del art. 9.2 del EBEP es mucho menos detallada que la del art. 15 de la Ley 30/1984 en la redacción dada por la Ley 23/1988 tras la STC 99/1987, lo que es coherente con otra de las ideas centrales del EBEP, que es la reducción de lo básico para dar mayor margen a la autonomía organizativa de las Comunidades Autónomas. En este sentido, la constitucionalidad de esta norma tan imprecisa podría salvarse con la misma argumentación que presentó el abogado de la Generalidad de Cataluña en la STC 37/2002.

En resumen, el EBEP consagra la dualidad regímenes jurídicos en el empleo público español, pero no resuelve por sí mismo el problema de la delimitación de funciones entre funcionarios y laborales, sino que difiere la resolución de la cuestión a la legislación que dicten el Estado y las Comunidades Autónomas en desarrollo del mismo EBEP; lo que quiere decir que habremos de adentrarnos en la normativa reguladora del empleo público local para dar respuesta al gran problema de la delimitación de funciones entre personal funcionario y laboral.

7. EL EMPLEO PÚBLICO LOCAL

Evidentemente, el empleo público local no es un compartimento estanco aislado del modelo general de empleo público de España; sin embargo, sus singularidades merecen ser expuestas para una mejor comprensión del próximo epígrafe. Asimismo, como acabamos de ver, al ser la regulación de los arts. 9.2 y 11.2 del EBEP tan genérica, la delimitación de funciones entre las diferentes clases de personal debemos hallarla en la normativa de régimen local sobre empleo público local.

La primera peculiaridad del empleo público local se encuentra en el sistema de fuentes, ya que en él el Estado tiene tres títulos distintos para dictar legislación en la materia. En primer lugar, respecto al personal laboral dispone de la competencia exclusiva y plena de acuerdo con el art. 149.1.7°. Respecto al personal funcionario el sistema de fuentes es mucho más complejo puesto que la regulación se articula mediante la articulación de bases estatales y desarrollo autonómico, pero con la singularidad de que las bases estatales pueden dictarse tanto al amparo del título para aprobar la legislación básica en materia de función pública, como del título para establecer las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas que legitima la legislación básica del Estado en materia de régimen local, ambos recogidos en el art. 149.1.18° de la Constitución. Y la complejidad de esta dualidad de títulos competenciales del Estado para regular el empleo público local se agrava en cuanto que, según doctrina reiterada del TC, no existe prevalencia entre los diferentes títulos competenciales del Estado, sino que en caso de conflicto entre normas básicas se resolverá a favor de la que sea posterior en el tiempo. En este sentido, si el EBEP había consagrado la prevalencia del mismo sobre la legislación de régimen local al establecer el marco común del empleo público en todas las Administraciones Públicas de España, tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la

Administración Local (LRSAL), el art. 92.1 vuelve a establecer la preeminencia de la LRBRL sobre cualquier otra norma en materia de función pública local en cuanto legislación especial de la materia.

Tras los preceptos de la LRBRL, serían de aplicación las disposiciones del EBEP y otras normas dictadas con carácter básico por el Estado en materia de empleo público como el importante Real Decreto-Ley 20/2012 o los preceptos que se introducen en la Ley de Presupuestos Generales del Estado cada año fijando los límites retributivos y de masa salarial del empleo público, así como limitaciones al ingreso de nuevo personal fijo o temporal.

Especial interés tiene el hecho de que el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL), aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, contiene en su Título VII múltiples preceptos sobre el personal al servicio de las corporaciones locales, algunos de los cuales tienen carácter básico mientras que la mayoría son de aplicación supletoria en defecto de legislación autonómica. A nuestros efectos nos interesa destacar los arts. 167 a 169 del TRRL, puesto que en los mismos se clasifican los funcionarios de carrera de la Administración Local que no tengan habilitación de carácter nacional y se delimitan las funciones reservadas exclusivamente a funcionarios. Hemos de señalar que de conformidad con la Disposición final séptima del propio TRRL –en redacción dada por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre,– los arts. 167 y 169 tienen carácter básico, por lo que son de aplicación obligatoria en toda España por encima en todo caso de la legislación autonómica (STC 31/2010). De estos preceptos, así como del art. 92.bis de la LRBRL y del art. 8 del EBEP se desprende la siguiente clasificación de los empleados públicos locales:

1. Funcionarios de carrera. Que a su vez se clasifican en:
 - Funcionarios con Habilitación de Carácter Nacional.
 - Funcionarios propios de cada Corporación, que se clasifican a su vez en las escalas de Administración General y de Administración Especial, las cuales se dividen en distintas subescalas.
2. Funcionarios interinos.
3. Personal laboral.
4. Personal eventual.

Debemos destacar que en la Administración Local española destaca una penetración de la laboralización del personal mucho mayor que en otras Administraciones Públicas y ello es consecuencia de la especial incidencia en la Administración Local de las causas para la quiebra del modelo burocrático clásico que hemos señalado en este trabajo: los Ayuntamientos son Administraciones con una especial vocación de servicio público por su cercanía al ciudadano y porque, precisamente, por cercanía se busca la «huida del Derecho administrativo» para relajar los principios de igualdad, mérito y capacidad que suponen una traba para el reclutamiento de los vecinos en la Administración del municipio.

8. EL NUEVO ART.92.2 DE LA LEY DE BASES DEL RÉGIMEN LOCAL

8.1. Contextualización del nuevo art. 92.2 en el marco de la LRSAL y el programa de reformas del periodo 2012-2016.

La vigente redacción del art. 92 de la LRBRL es fruto de la amplia reforma operada en ella por la LRSAL, norma esta última que debemos enmarcar en las reformas programadas por el Gobierno de la Nación para el periodo 2012-2013. No obstante, hay que advertir que línea de reformas desarrolladas en la última legislatura tuvieron como precedente las realizadas en la segunda parte de la legislatura anterior bajo la presión de una situación crítica de sostenibilidad de las cuentas públicas debido a la crisis de la deuda soberana. Así, en mayo de 2010 se aprueba el Real Decreto-Ley 8/2010, y ese mismo año se aprueba una reforma laboral que fomenta la flexibilidad de las relaciones de trabajo. En 2011 destacaremos la Ley de Economía Sostenible -en realidad un conglomerado de reformas heterogéneas entre sí- y la reforma del art. 135 de la Constitución, que suponía el blindaje constitucional del principio de estabilidad presupuestaria como principio rector de las políticas públicas.

En consecuencia, las reformas legislativas del periodo 2012-2016 se enmarcaron en la misma crisis económica y en la misma línea de actuación de control de la deuda pública y de reactivación del sector privado como forma de superarla.

En esta línea se aprueban en 2012 la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF), los Reales Decretos-Leyes 4 y 7/2012 por los que se constituía el Fondo para el Plan de Pago a Proveedores que mejoró notablemente la liquidez de los Ayuntamientos y permitió a muchas empresas cobrar las deudas pendientes con los mismos, y la reforma laboral que se consumó con la Ley 3/2012.

Al mismo tiempo se creó una Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA) que emitió el conocido como Informe CORA, en el cual se insistía entre otras cosas en la necesidad de simplificar los procedimientos administrativos mediante la mejora regulatoria que desde hace años impulsan las autoridades europeas y la OCDE para eliminar trabas burocráticas a la actividad económica, impulsar la Administración electrónica como elemento modernizador y reestructurar el sector público evitando duplicidades y poniendo orden en una Administración instrumental desbocada. Bajo el manto de este Informe se aprobaron nuevas leyes para estimular el crecimiento económico como la Ley 12/2012, la Ley de apoyo a los emprendedores (Ley 14/2013), la Ley de garantía de la unidad de mercado (Ley 20/2013), la Ley de Factura Electrónica (Ley 25/2013), la Ley de Racionalización del Sector Público (Ley 15/2014) y ya en 2015 las Leyes 39 y 40/2015⁴.

⁴ No citaremos la batería de textos refundidos aprobados al final de legislatura, refundiciones que han servido más para engrosar estadísticas que a ninguna utilidad concreta, salvo el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, norma que ha realizado una interesante armonización del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008 con la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas.

En este contexto es en el que nace la LRSAL, emparentada sobre todo con la LOEPSF, lo que se reconoce en su propia Exposición de motivos y por lo que ha sido criticada como norma meramente economicista. La racionalización que pretende realizar la LRSAL incide sobre todo en el sistema competencial de las entidades locales bajo el lema «una competencia, una Administración». Pero no sólo se pretende racionalizar la Administración Local evitando duplicidades, también se intenta alcanzar economías de escala potenciando las Diputaciones Provinciales y fomentando la fusión de municipios, se limita la creación y el régimen de nuevos entes locales menores y sobre todo se pretende reestructurar un sector público local en el que claramente existía un exceso de entes instrumentales.

También en el ámbito del empleo público local conlleva novedades la LRSAL, empezando por la señalada alteración del sistema de fuentes de la función pública local. Otras importantes novedades se producen en el régimen jurídico de los funcionarios con habilitación de carácter nacional y en los límites al personal eventual. Ahora bien, la novedad que es objeto de nuestro estudio es la que supone el art. 92.2 redactado conforme a la LRSAL, cuyo contenido es el siguiente:

«Con carácter general, los puestos de trabajo en la Administración local y sus Organismos Autónomos serán desempeñados por personal funcionario».

Como anteriormente comentábamos, este precepto lo que hace es convertir en norma positiva la doctrina del TC sobre la preferencia genérica del régimen funcional en el empleo público. Ahora bien, el precepto es tan genérico como el mismo aserto del Alto Tribunal, por lo que ha de ser concretado por otros preceptos.

Y el primer precepto que nos sirve para su concreción es el nuevo art. 92.3 de la LRBRL que dispone lo que sigue:

«Corresponde exclusivamente a los funcionarios de carrera al servicio de la Administración local el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales. Igualmente son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado a funcionarios de carrera, las que impliquen ejercicio de autoridad, 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».

Este art. 92.3 es heredero del antiguo art. 92.2⁵ que fue enjuiciado en su momento por la STC 37/2002. Respecto a aquél, el art. 92.3 actual se adapta a la terminología del art. 9.2 del EBEP, al sustituir la expresión «ejercicio de autoridad» por la fórmula «participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales». Es decir, el art. 92.3 vigente no supone ningún cambio sustancial respecto a lo que regulaba el art. 92.2 de la LRBRL hasta la aprobación del EBEP.

⁵ «Son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente al personal sujeto al estatuto funcional, 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 mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función».

En consecuencia, el vigente art. 92.2 de la LRBRL junto con el también nuevo art. 92.3 parece no tener efecto. A primera vista la redacción del art. 92 ha dado muchas vueltas, pero sólo para dejarnos en el mismo lugar. Es evidente pues, la necesidad de relacionar los nuevos apartados 2 y 3 del art. 92 de la LRBRL con otras normas para comprobar si el apartado 2 es jurídicamente trascendente, por lo que intentaremos cohesionar las tres normas que tienen carácter básico y que confluyen al mismo tiempo en el modelo de empleo público local: la LRBRL, el EBEP y el TRRL. Afortunadamente, como veremos a continuación, los preceptos de estas tres normas pueden armonizarse sin especial dificultad debido a que obedecen a principios comunes y a que la norma que ocupa el último lugar en el sistema de fuentes descrito en el epígrafe anterior –el TRRL–, lo que hace es concretar los principios generales proclamados en la LRBRL y el EBEP.

8.2. Relación del art. 92.2 de la LRBRL con el EBEP.

Como acabamos de ver un precepto tan genérico de carácter principal como el art. 92.2 necesita de otras normas que lo concreten. Ya vimos que poco aporta el art. 92.3, salvo para las funciones tradicionalmente reservadas a los funcionarios con habilitación de carácter nacional, pues la fórmula «participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales» es un concepto jurídico indeterminado, con toda la inseguridad jurídica que ello supone. Pero es que si intentamos completar la regulación de los apartados 2 y 3 del art. 92 de la LRBRL con las disposiciones del EBEP lamentablemente nos deja empantanados en el mismo fango, ya que, como hemos apuntado, el art. 92.3 de la LRBRL lo que hace es recoger la misma terminología del art. 9.2 del EBEP. Es decir, como normas básicas la LRBRL y el EBEP se limitan a establecer los principios que ha de seguir la legislación de desarrollo, que debería ser la que concretase qué puestos han de desempeñarse por personal funcionario y qué otros puestos han de ejercerse por personal laboral. Sin embargo, hay un invitado a la fiesta con el que nadie parece contar, pero que es quien dará luz en esta cuestión. Se trata del TRRL.

8.3. Relación del art. 92.2 de la LRBRL con el TRRL.

Anteriormente estudiamos que los arts. 167 y 169 del TRRL tienen carácter básico y que en tales preceptos se clasifica al personal funcionario propio de las entidades locales en dos escalas, la de Administración General y la de Administración Especial. Pues bien, además de clasificar el personal funcionario propio, estos dos artículos, -aunque también debemos contar con otros artículos como en el art. 168 de aplicación supletoria que nos ayudarán a interpretar estos artículos básicos-, clarifican la delimitación de funciones entre personal funcionario y personal laboral. El precepto clave es el primer párrafo del art. 169.1, que dispone:

«Corresponde a los funcionarios de la Escala de Administración General el desempeño de funciones comunes al ejercicio de la actividad administrativa. En consecuencia, los puestos de trabajo predominantemente burocráticos habrán de ser desempeñados por funcionarios técnicos, de gestión, administrativos o auxiliares de Administración General».

El art. 169.1 claramente establece una reserva de las funciones burocráticas a favor de los funcionarios de la Escala de Administración General que son descritos en sus diferentes categorías a continuación en el mismo art. 169.1. Es una delimitación que sigue el modelo weberiano: las funciones burocráticas se reservan a funcionarios relacionados con la Administración mediante un vínculo estatutario regulado por el Derecho administrativo. Los funcionarios de la Escala de Administración General serían funcionarios «de pata negra».

Por otro lado, en el art. 170, donde se define a la Escala de Administración Especial nada se dice sobre la reserva de sus funciones, de lo que lógicamente se deduce que son funciones que pueden desempeñarse por personal laboral. No obstante, para apuntalar esta interpretación nos sirven otros preceptos del mismo TRRL.

Así, el art. 168 del TRRL determina:

«La provisión de puestos de trabajo que, de conformidad con la relación aprobada, estén reservados o puedan ser desempeñados por funcionarios de carrera, se regirá por las normas que, en desarrollo de la legislación básica en materia de función pública local, dicte la Administración del Estado».

El hecho de que unos puestos estén reservados a funcionarios y otros simplemente puedan ser desempeñados por ellos es una evidente referencia a los artículos posteriores: el art. 169.1 establece una reserva funcional respecto a las funciones burocráticas, mientras que el art. 170 no establece ninguna reserva respecto a las funciones propias de la Escala de Administración Especial.

Por último, es revelador el art. 175.3 del TRRL, según el cual:

«Lo dispuesto en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de que estas tareas no tengan la consideración de funciones públicas a que se refiere el artículo 92.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril».

Este precepto nos reenvía al antiguo art. 92.2 de la LRBRL, similar al art. 92.3 actual, pero previamente reconociendo que las tareas propias de la Escala de Administración Especial en general no son funciones «que impliquen ejercicio de autoridad» o «que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales». Y decimos en general porque en el caso de la Policía Local no hay duda de que sus miembros han de ser funcionarios y en el caso de los bomberos la mayor parte de la legislación autonómica⁶ también está exigiendo que tengan la condición de funcionarios.

8.4. Eficacia real del nuevo art. 92.2 de la LRBRL.

Tras el análisis jurídico realizado parece claro, que el haber positivado en el art. 92.2 de la LRBRL la preferencia genérica por el régimen funcional afirmada por el TC en su sentencia 99/1987 más en un ejercicio voluntarista que de depurada hermenéutica jurídica, lejos de mejorar la gestión del personal de las entidades locales genera una innecesaria confusión.

⁶ En Andalucía, la Ley 2/2002, de 11 de noviembre, de Gestión de Emergencias.

Y es que, hay quienes han deducido de este precepto un mandato de *erradicación* del personal laboral de nuestra Administración Local. Efectivamente, por un lado, el art. 92.2 exigiría que sólo se contratase personal funcionario. Por otro lado, en caso de contarse con tan *indeseable* personal quedaría el remedio de tramitar una funcionarización masiva de todo el personal laboral fijo anterior a la entrada en vigor del EBEP. Ya no sería necesario que el puesto a funcionarizar necesariamente debiera estar reservado a funcionario, ya que aprovechando que la Disposición transitoria segunda del EBEP no exige literalmente que sean funciones reservadas, sino propias de funcionarios y teniendo en cuenta que desde la LRSAL todos los puestos con carácter general deben estar desempeñados por funcionarios ya queda cuadrado el círculo.

Por otro lado, si se realiza la interpretación sistemática e histórica aquí propuesta el resultado es que el art. 92.2 nada aporta y que para saber si un puesto debe desempeñarse por personal funcionario o laboral, debemos atender a lo dispuesto en los arts. 167 y siguientes del TRRL. A lo sumo, se puede aceptar que a la hora de crearse nuevos puestos en la relación de puestos de trabajo (RPT) de una entidad local se exija una especial motivación en caso de que el puesto vaya a ser clasificado como funcionario, pero creemos que ni siquiera antes podía estar exenta de motivación la creación de un puesto de trabajo y su clasificación como personal laboral o funcionario, y ello por varios motivos:

1º. Al estar reservados a funcionarios los puestos de la Escala de Administración General hay que verificar en primer término si el puesto se corresponde con alguna de las subescalas de la misma.

2º. El art. 89.1 de la LRBRL determina que la plantilla está sujeta a los principios racionalidad, economía y eficacia, por lo que también en la elaboración de la RPT ha de justificarse el cumplimiento de los mismos.

3º. En todo caso, el ejercicio de potestades discrecionales exige motivación según el art. 35.1.i) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (antiguo art. 55.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), en consonancia con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos consagrado en el art. 9.3 de nuestra Carta Magna.

Más aún, una interpretación que considerase que el art. 92.2 de la LRBRL implica un mandato de *erradicación* del personal laboral de la Administración Local sería contraria al espíritu de la norma, cual es limitar el volumen del sector público. Y es que la existencia de personal laboral ofrece un margen de maniobra para poder reducir el volumen de gasto público en caso de alcanzarse una situación crítica de la Hacienda Pública, mientras que la inamovilidad en su condición de funcionario convierte en imposible la disminución a corto plazo de la partida más importante del gasto en la Administración Local: el gasto de personal. De hecho, la rigidez del régimen funcionarial es la que obliga a adoptar políticas legislativas difícilmente comprensibles a corto plazo. Nos referimos a las limitaciones a la incorporación de nuevo personal indefinido que cada año establece la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Las tasas de reposición reducidas o incluso cero establecidas un año tras otro terminan disminuyendo las plantillas y, en consecuencia, el gasto público. No es la forma más

racional de gestionar el personal, pero es la única posible cuando no se tiene la posibilidad de despedir personal. Y también se hace muy difícil utilizar la técnica de la externalización de servicios con una plantilla constituida exclusivamente por funcionarios, frente a la flexibilidad que ofrece el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores en el ámbito laboral. En consecuencia, una interpretación maximalista del art. 92.2 de la LRBRL carece de sentido en el marco de la propia LRSAL –cuya Exposición de Motivos afirma que pretende «favorecer la iniciativa económica privada»- y de todas las reformas legislativas realizadas desde el inicio de la crisis económica.

Un último argumento adicional a la interpretación sistemática o teleológica de un precepto es la realidad de los hechos, el criterio sociológico de interpretación («realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas» ex art. 3.1 del Código Civil), un criterio interpretativo que es fuente de muchos dislates jurídicos, pero que en el presente caso ratifica la auténtica argumentación jurídica. Hemos dedicado algunas páginas a demostrar que en el Estado social proclamado por nuestra Constitución evitar la ruptura del modelo burocrático clásico es imposible; nuevos fines de la Administración exigen nuevas formas de organización. Sería más realista conformarnos con asegurar el modelo burocrático-garantista en aquella actividad de la Administración que requiere objetividad y neutralidad para asegurar un trato igual a todos los ciudadanos, en vez de querer mantener de forma ficticia dicho modelo en los nuevos ámbitos de la prestación de servicios, pues no sólo es más ineficiente, sino también innecesario. El Derecho no es un dique que pueda contener indefinidamente las olas del mar.

9. REFLEXIONES FINALES

En este trabajo hemos expuesto la historia de la burocracia en España hasta llegar a la actualidad. Podríamos imaginar que dicha historia es un viaje en barco al que ha alcanzado el Estado social, cual tormenta que agita violentamente la nave. La nave no llega a naufragar, pero ha sufrido importantes daños. Esa es la historia y la situación actual del modelo burocrático clásico: un modelo en crisis como consecuencia del Estado social y de las nuevas formas de gestión pública que pretenden desarrollar el Estado del Bienestar de la manera más eficiente posible.

En el marco de las sucesivas oleadas de reformas de las Administraciones Públicas, nos encontramos que para el ámbito local el nuevo art. 92.2 de la LRBRL viene a positivar la doctrina que creó el TC en su Sentencia 99/1987 sobre la preferencia genérica de nuestra Carta Magna por el modelo funcional. Se inserta en la reforma del régimen local con el propósito de aportarle un elemento de distinción y buen gusto académico; un guiño al colectivo funcional y al mundo académico. Sin embargo, bien analizada, la incorporación del precepto carece de sustancia: es *nada*. Bien podríamos comparar, por tanto, la nueva redacción del art. 92.2 de la LRBRL con Chulkaturin, prototipo de “hombre superfluo”⁷. Como Chulkaturin, el art. 92.2 de la LRBRL goza de

⁷Me refiero a la novela de Iván Turguenev *Diario de un hombre superfluo*, cuyo protagonista es el paradigma de este personaje tipo de la literatura rusa junto al *Oblómov* de Goncharov.

una distinguida y elegante apariencia aristocrática, pero no deja de ser inútil y prescindible, por lo que se puede decir que es vacío. Como hemos demostrado, el actual art. 92.2 de la LRBRL es un precepto superfluo, puesto que poco o nada añade a la normativa preexistente y poca o ninguna influencia va a tener en el modelo de empleo público local. A lo sumo, igual que Chulkaturin en la obra de Turguenev, puede generar confusión a su alrededor. En definitiva, la historia del art. 92.2 de la LRBRL es la historia de un precepto superfluo.

10. BIBLIOGRAFÍA DESTACADA:

AAVV: *Administración y Empleo Público en España*, Editorial CEMCI, Granada, 2011.

Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público (Presidente: SÁNCHEZ MORÓN, Miguel), *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, 25 de abril de 2005.

FORSTHOFF, Ernst: *Estado de Derecho en mutación. Trabajos constitucionales 1954-1973*, Tecnos, Madrid, 2015.

SCHMITT, Carl:

- *Teología Política*, Trotta, Madrid, 2009.
- *La tiranía de los valores*, Comares, Granada, 2010.

SERRANO PASCUAL, Antonio: *El personal de las Entidades locales. Análisis de su régimen jurídico*, El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, Madrid, 1997.

WEBER, Max:

- *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2014.
- *La ciencia como profesión/La política como profesión*, Austral, Madrid, 2007.