

REVISTA DE

Administración Pública



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

ÚLTIMAS REFORMAS LEGISLATIVAS Y OTROS ESTUDIOS

(Homenaje al Profesor Ramón PARADA VÁZQUEZ)

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

ALEJANDRO NIETO

LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER

TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ

RAFAEL GÓMEZ-FERRER MORANT

FRANCISCO SOSA WAGNER

LUIS MARTÍN REBOLLO

LUCIANO PAREJO ALFONSO

ENRIC ARGULLOL MURGADAS

MANUEL BALLBÉ

JOAQUIM FERRET JACAS

CARMEN CHINCHILLA MARÍN

SILVIA DEL SAZ

BLANCA LOZANO CUTANDA

MARIANO BACIGALUPO SAGGESE

CARMEN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

JESÚS ÁNGEL FUENTETAJA PASTOR

MARTA LORA-TAMAYO VALLVÉ

JUAN-CRUZ ALLI TURRILLAS

RAFAEL GÓMEZ-FERRER RINCÓN

174

Madrid

septiembre/diciembre

2007

ISSN: 0034-7639

ESTUDIOS



Revista de Administración Pública
ISSN: 0034-7639, núm. 174,
Madrid, septiembre/diciembre (2007)

Consejo de Redacción

Director:

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Universidad Complutense de Madrid*

Secretaria:

CARMEN CHINCHILLA MARÍN, *Universidad de Alcalá*

VOCALES:

José María Boquera Oliver, *Universidad de Valencia*

Antonio Carro Martínez, *Letrado de las Cortes Generales*

Manuel Francisco Clavero Arévalo, *Universidad de Sevilla*

León Cortiñas Peláez, *Universidad Nacional Autónoma de México*

Luis Coscolluela Montaner, *Universidad Complutense de Madrid*

Rafael Entrena Cuesta, *Universidad de Barcelona*

Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *Universidad Complutense de Madrid*

Rafael Gómez-Ferrer Morant, *Universidad Complutense de Madrid*

Jesús González Pérez, *Universidad Complutense de Madrid*

Jesús Leguina Villa, *Universidad de Alcalá*

Ramón Martín Mateo, *Universidad de Alicante*

Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, *Universidad Complutense de Madrid*

Luis Morell Ocaña, *Universidad Complutense de Madrid*

Alejandro Nieto García, *Universidad Complutense de Madrid*

José Ramón Parada Vázquez, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*

Fernando Sainz Moreno, *Universidad Complutense de Madrid*

Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Universidad Complutense de Madrid*

José Luis Villar Palasí, *Universidad Complutense de Madrid*

Declaración de interés público

«*Artículo único.* Se declara de "interés público" a la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, fundada en el año 1950 por el *Instituto de Estudios Políticos*, en consideración a los elevados méritos que concurren en dicha publicación, en la que se contienen importantes estudios monográficos de Derecho Político y Administrativo, tanto nacional como de Derecho comparado, de gran trascendencia doctrinal, con difusión del estudio de dichas materias, y realizando una labor formativa y vocacional muy valiosa, cuyos efectos en la esfera de la Administración Pública son una evidente realidad actual.»

(Orden del Ministerio de Información y Turismo de fecha 10 de mayo de 1961.)

El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales no se identifica necesariamente con los juicios de los autores de esta Revista

SUMARIO DEL NÚM. 174

SEPTIEMBRE-DICIEMBRE 2007

ÚLTIMAS REFORMAS LEGISLATIVAS Y OTROS ESTUDIOS
(Homenaje al Profesor Ramón PARADA VÁZQUEZ)

	<i>Páginas</i>
<i>Presentación: En honor de Ramón PARADA VÁZQUEZ, por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA</i>	9-15
Relación de publicaciones de José Ramón PARADA VÁZQUEZ	17-20
E. GARCÍA DE ENTERRÍA: <i>Sobre la formación del Derecho Administrativo español contemporáneo</i>	23-29
A. NIETO: <i>La Administración de Justicia y el Poder Judicial</i>	31-47
L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: <i>Acotaciones sobre el término «nación»</i>	49-60
T.-R. FERNÁNDEZ: <i>La nueva Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo: valoración general</i>	61-74
R. GÓMEZ-FERRER MORANT: <i>La reforma del Tribunal Constitucional</i>	75-111
F. SOSA WAGNER: <i>Una lección de Derecho público: las Memorias de Roman Herzog</i>	113-128
L. MARTÍN REBOLLO: <i>El Estatuto del Empleado Público: un Godot que no ha llegado</i>	129-159
L. PAREJO ALFONSO: <i>Notas para una construcción dogmática de las relaciones interadministrativas</i>	161-191
E. ARGULLOL MURGADAS: <i>La reforma estatutaria: una primera aproximación</i> ..	193-213
M. BALLBÉ: <i>El futuro del Derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización</i>	215-276
J. FERRÉ JACAS: <i>La reforma de la Administración local</i>	277-292
C. CHINCHILLA MARÍN: <i>La reforma de la radio y la televisión públicas de titularidad estatal: la Ley 17/2006, de 5 de junio</i>	293-333
S. DEL SAZ: <i>La nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?</i>	335-366
B. LOZANO CUTANDA: <i>Eclósión y crisis del Derecho ambiental</i>	367-394
M. BACIGALUPO SAGGESE: <i>La coordinación de la Comisión Nacional de la Competencia con los reguladores sectoriales en la nueva Ley de Defensa de la Competencia</i>	395-419
C. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: <i>Intervención administrativa y Educación para la Ciudadanía en la Ley Orgánica de Educación 2/2006</i>	421-455
J. A. FUENTETAJA PASTOR: <i>El Estatuto Básico del Empleado Público</i>	457-499
M. LORA-TAMAYO VALLVÉ: <i>La representación internacional en el deporte. Una primera aproximación</i>	501-535
J.-C. ALLI TURRILLAS: <i>La reforma de las leyes militares en el contexto de los cambios en la seguridad y la defensa</i>	537-598
R. GÓMEZ-FERRER RINCÓN: <i>Recurso de casación y unidad del ordenamiento jurídico</i>	599-637

EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

JESÚS ÁNGEL FUENTETAJA PASTOR
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Nacional de Educación a Distancia

I. EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO: 1. *Estatuto*. 2. *Estatuto «Básico»*: 2.1. Las bases del régimen estatutario de los funcionarios: 2.1.1. La noción formal de las bases del régimen estatutario de los funcionarios. 2.1.2. El contenido de las bases del régimen estatutario de los funcionarios. 2.2. El Estatuto Básico del Empleado Público en cuanto bases del régimen estatutario de los funcionarios: 2.2.1. La reducción de la densidad de la legislación básica. 2.2.2. Peculiaridades en el uso de la técnica básica del EBEP. 2.3. Las bases del régimen estatutario de los funcionarios fuera del EBEP. 2.4. El contenido no básico del EBEP. 3. *Estatuto Básico del «Empleado Público»*.—II. ESTATUTO BÁSICO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS: 1. *Legislación básica y legislación autonómica*. 2. *Legislación básica y Estatutos de Autonomía*.—III. ESTATUTO BÁSICO Y LEGISLACIÓN DEL ESTADO: 1. *Legislación estatal de Función Pública como desarrollo del EBEP*. 2. *Legislación estatal de Función Pública como normativa supletoria*.—IV. ESTATUTO BÁSICO Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA: 1. *Contenido de la negociación colectiva funcionarial*. 2. *Naturaleza de la negociación colectiva funcionarial y de los Pactos y Acuerdos*. 3. *Eficacia de la negociación colectiva funcionarial y de los Pactos y Acuerdos*. 4. *El carácter básico de la negociación colectiva funcionarial*.—V. ESTATUTO BÁSICO Y CLASES DE PERSONAL: 1. *Hacia una concepción sustantiva de los funcionarios*. 2. *La relación laboral de empleo público*. 3. *El personal directivo*.—VI. ESTATUTO BÁSICO Y CARRERA: 1. *Estructuración del empleo público*. 2. *La carrera como derecho*. 3. *La evaluación del desempeño*.—VII. ESTATUTO BÁSICO Y DERECHOS Y DEBERES.

RESUMEN

La Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, constituye la legislación básica del régimen estatutario de los funcionarios prevista en el artículo 149.1.18.^a de la Constitución, pero sólo una parte del «estatuto de los funcionarios públicos», cuya regulación por ley impone el artículo 103.3 de la Constitución. En este sentido, el nuevo Estatuto Básico se remite a la legislación de desarrollo (Estado y Comunidades Autónomas) para completar ese «estatuto», que gozará de un amplio margen de actuación en lo que se refiere a la estructura objetiva de la Función Pública (organización, ordenación de puestos de trabajo y funcionarios, carrera, etc.), pero más reducido en lo que respecta a los derechos y obligaciones de los empleados públicos. Será, pues, cada Administración quien defina su modelo de Función Pública.

Palabras clave: Función Pública; funcionario; empleado público; carrera.

ABSTRACT

The Act 7/2007, of 12 April, establishing the «Basic Status of Public Employees», lays down the basic rules of the status of civil servants (according to article 149.1.18.^a of the Spanish Constitution), but only a part of «the legal status of civil servants» (art. 103.3 Constitution). The Legislation of the State and of the Self-Governing Communities will implement the new «Basic Status» with broader jurisdiction over the Civil Service structure (organisation of jobs and civil servants, career, etc.), but not so much as over the rights and duties of public employees. So each Public Administration will be responsible for defining its Civil Service System.

Key words: Civil Service; civil servant; public employee; career.

I. EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

La aprobación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público¹, constituye un hito fundamental en la historia de la Función Pública en España y un punto de partida para todo un movimiento de reformas legislativas que dicha Ley impone.

Resultaba ya un lugar común afirmar que la aprobación del Estatuto de los Funcionarios era uno de los mandatos constitucionales pendientes de cumplir. La necesidad de un texto, formal y sustantivo, en ese sentido se agudizó por la consolidación de la descentralización política territorial, por la fragmentación y dispersión de la normativa de Función Pública y por una jurisprudencia constitucional que conminó al legislador estatal a aprobar definitivamente un marco básico postconstitucional al cerrar la puerta a las inferencias materiales de la legislación preconstitucional².

Para el análisis y comprensión de la Ley 7/2007 es necesario partir del importante Informe que, el 25 de abril de 2005, presentó la Comisión creada para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público. Su calidad técnica y su exposición de la situación actual de la Función Pública en España son dignas de encomio, sin perjuicio de que las opciones por las que se decanta puedan no recibir el mismo elogio. Sea como fuere, las propuestas que planteaba el Informe presentaban una coherencia interna que en algunos casos se ha perdido en la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley.

Lo primero que llama la atención de la Ley 7/2007 es su título, que constituye toda una declaración de intenciones en sus tres elementos: «Estatuto», «Básico» y «Empleado Público».

1. *Estatuto*

Formalmente, la referencia a un «Estatuto» entronca directamente la Ley 7/2007 con el artículo 103.3 de la Constitución, según el cual «*la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos*». En realidad, dicho precepto utiliza la expresión en un sentido más bien sustantivo, pero lo realmente trascendente en el mismo es su finalidad, que no es otra que establecer una reserva de ley sobre lo que sea el «estatuto» de los funcionarios públicos, cuyo contenido especifica a continuación de manera no exhaustiva: «*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*».

El alcance de esta reserva de ley del artículo 103.3 de la CE fue frontal-

¹ BOE núm. 89, de 13 de abril. En adelante, EBEP.

² SSTC 37/2002, de 14 de febrero, y 1/2003, de 16 de enero.

mente abordado en la célebre Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987, de 11 de junio. En ella, el Tribunal recordó que «en el artículo 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”» [FJ. 3.a)], procediendo, a continuación, a establecer la interpretación de esa locución que, por su trascendencia, es preciso reproducir, pues, según la configuración de desarrollo aplicativo previsto por el EBEP, no sólo va a determinar lo que las Leyes de Función Pública (estatal y autonómicas) deben necesariamente incluir, sino que también establece el límite infranqueable tanto al reglamento como a la negociación colectiva. Conforme a dicha Sentencia, «la Constitución ha reservado a la Ley la regulación de la situación personal de los funcionarios públicos y de su relación de servicio o “régimen estatutario”, por emplear la expresión que figura en el artículo 149.1.18 de la misma Norma fundamental. Es éste, desde luego, un ámbito cuyos contornos no pueden definirse en abstracto y a priori, pero en el que ha de entenderse comprendida, en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de Cuerpos y Escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas, pues habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos (arts. 103.3 y 149.1.18), habrá de ser también la Ley la que determine en qué casos y con qué condiciones puedan reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración Pública. Las normas que disciplinen estos ámbitos serán, en el concepto constitucional, ordenadoras del Estatuto de los funcionarios públicos, pues todas ellas interesarán directamente a las relaciones entre éstos y las Administraciones a las que sirven, configurando así el régimen jurídico en el que pueda nacer y desenvolverse la condición de funcionario y ordenando su posición propia en el seno de la Administración. Esta normación, en virtud de la reserva constitucional a la que se viene haciendo referencia, habrá de ser dispuesta por el legislador en términos tales que, de conformidad con lo antes observado, sea reconocible en la Ley misma una determinación material suficiente de los ámbitos así incluidos en el Estatuto funcional» [FJ 3.c)]³.

Ahora bien, el objetivo y finalidad del nuevo EBEP no es establecer el «Estatuto» de los funcionarios públicos previsto en el artículo 103.3 de la Constitución, a guisa de cumplimiento de ese supuesto mandato constitucional que de él se derivaría y al que tanto se hace referencia (incluso en la Exposición de Motivos del EBEP), sino determinar la legislación básica del régimen jurídico de los funcionarios públicos. Y es que el artículo 103.3 CE

³ Doctrina reiterada posteriormente en SSTC 235/2000, de 5 de octubre, y 37/2002, de 14 de febrero.

no es norma de atribución de competencias⁴, por lo que dicho «Estatuto» lo deberá establecer quien ostente competencias para ello. Y, a tal efecto, el artículo 149.1.18.^a atribuye al Estado la aprobación de la legislación básica del régimen jurídico de los funcionarios, dejando a las Comunidades Autónomas (y al Estado, para su Administración) la competencia para dictar su propia legislación de Función Pública de conformidad con aquella legislación básica. Por tanto, el teórico «Estatuto» de los funcionarios viene integrado, en la práctica, por la legislación básica más cada legislación específica de Función Pública de cada Administración territorial (Estado y Comunidades Autónomas). En suma, el EBEP no es más que una parte de ese «Estatuto» previsto en el artículo 103.3 de la Constitución, pero su razón de ser no es la de establecer ese Estatuto. Desde esta perspectiva se explica y se entiende lo aparentemente truncado del régimen jurídico que establece, que en muchos aspectos ni siquiera es operativo, pues su aplicación va a requerir un primer desarrollo legislativo por el Estado y por las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias.

2. Estatuto «Básico»

Como se ha expuesto anteriormente, el objetivo y finalidad del EBEP es «establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos» (art. 1.1), para lo cual la Disposición Final Primera invoca expresamente el artículo 149.1.18.^a de la Constitución. Al no fijar de manera completa el estatuto legal de los funcionarios, se obliga a un movimiento en cascada de los legisladores autonómicos, pero también del estatal⁵.

2.1. Las bases del régimen estatutario de los funcionarios.

Desde el punto de vista competencial, al Estado corresponde establecer «las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios» (art. 149.1.18.^a CE). De esta forma, la intención de la Constitución es que exista un régimen estatutario funcional que sea común a todas las Administraciones Públicas. Ahora bien, ese régimen común, al encauzarse a través de la técnica legislativa de las bases, obliga a dejar a las Comunidades Autónomas un margen propio para desplegar sus opciones particulares de configuración de su Función Pública.

Múltiples son los problemas que plantea siempre la utilización de la legislación básica y la Función Pública no ha sido un ámbito exento de ellos. Algunos hacen referencia a los instrumentos normativos en que puede apa-

⁴ R. JIMÉNEZ ASENSIO, «El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Función Pública», en *RVAP*, núm. 69 (1), 2004, págs. 140-142.

⁵ «Festival de leyes» lo ha calificado críticamente SOSA WAGNER, en *El Mundo*, 24 de septiembre de 2007.

recer definida la regulación básica del régimen estatutario de los funcionarios (noción formal de las bases) y otros al alcance o contenido de dicha regulación (noción material de las bases).

2.1.1. La noción formal de las bases del régimen estatutario de los funcionarios.

Desde el punto de vista formal, las bases del régimen estatutario de los funcionarios serán definidas por una norma con rango de ley, si bien cabe la posibilidad de la intervención excepcional del reglamento a la hora de desarrollar y completar aspectos que previamente han sido declarados básicos por una ley.

La definición de lo básico en materia de Función Pública fue acometida por la Ley 30/1984. No obstante, al ser ésta una Ley fragmentaria que no regulaba de forma exhaustiva la materia, permitió o, mejor dicho, obligó a recurrir a los preceptos que continuaban vigentes de la Ley de Funcionarios Civiles de 1964 para dibujar un mapa coherente de la normativa básica del régimen estatutario de los funcionarios. De lo contrario, algunos aspectos importantes relativos, por ejemplo, a la adquisición y pérdida de la relación funcional o a situaciones administrativas, que sólo parcial aunque trascendentalmente eran regulados por la Ley 30/1984, no tendrían carácter básico, privando de coherencia al «régimen estatutario básico». De esta manera, la legislación autonómica se veía obligada a deducir racionalmente aspectos básicos de la normativa preconstitucional de Función Pública (STC 5/1982, de 8 de febrero), inferencias que, en última instancia, eran controladas por el Tribunal Constitucional, que se veía igualmente impelido a calificar como básicos puntuales preceptos preconstitucionales objeto de litigio. Esta situación tenía la ventaja de que el intérprete supremo de la Constitución era el que definía, según la naturaleza y contenido de los preceptos, el alcance de lo básico, pero generaba demasiadas incertidumbres y se antojaba injustificada según pasaban los años desde la aprobación de la Constitución.

Finalmente, la STC 37/2002, de 14 de febrero, ha cortado de raíz la posibilidad de seguir deduciendo bases de la legislación anterior a la Constitución de 1978. Según aquella, «la noción formal de bases elaborada por la doctrina de este Tribunal Constitucional y la finalidad con ella perseguida de dotar de una determinación cierta y estable a los ámbitos respectivos de ordenación de las materias en las que concurren y se articulan las competencias básicas estatales y las legislativas y reglamentarias autonómicas mal se compadecen con la posibilidad de poder seguir infiriendo bases de las normas legales preconstitucionales cuando el legislador estatal constitucional ha procedido en el ejercicio de la competencia constitucionalmente atribuida a establecer de manera aparentemente completa e innovadora las bases sobre una determinada materia, a menos que declare expresamente la pretendida naturaleza básica de esas normas legales preconstitucionales o

dicha naturaleza resulte, sin lugar a dudas, de ser éstas un complemento indispensable de las normas básicas postconstitucionales por deducirse de su propia estructura que no han pretendido agotar la regulación de todos los aspectos de la materia».

No hay que confundir el hecho de que las bases del «régimen estatutario de los funcionarios» deban venir reguladas por una ley (art. 149.1.18.ª CE) con la reserva de ley a la que se encuentra sometido el «estatuto de los funcionarios públicos» (art. 103.3 CE), pues se trata de instituciones formal y sustantivamente diferentes, aunque parcialmente coincidentes en el caso del Estado.

2.1.2. El contenido de las bases del régimen estatutario de los funcionarios.

Más trascendente y compleja es la definición del concepto material de las bases del régimen estatutario de los funcionarios, pues de ella van a depender las competencias efectivas de las Comunidades Autónomas para legislar sobre su propia Función Pública.

Con carácter previo, es imprescindible adelantar una serie de consideraciones que permitirán aprehender la problemática. En primer lugar, la definición material de lo básico es una competencia exclusiva del legislador estatal, el cual goza de una completa libertad para establecer con carácter general las bases de una determinada materia, sin que la calificación hecha por aquél —expresión de una legítima política legislativa— pueda ser fiscalizada por el Tribunal Constitucional, pues éste no es juez de la oportunidad, si bien al establecer lo básico el Estado tiene que respetar la competencia legislativa propia de las Comunidades Autónomas sobre Función Pública, sin que la legislación básica agote la regulación del régimen estatutario y no deje margen de actuación al legislador autonómico. Como señaló el Tribunal Constitucional, «la definición de las bases, en el ámbito de la legislación compartida, tiene por objeto crear un marco normativo unitario, de aplicación a todo el territorio nacional, dentro del cual las Comunidades Autónomas dispongan de un margen de actuación que les permita, mediante la competencia de desarrollo legislativo, establecer los ordenamientos complementarios que satisfagan sus peculiares intereses; por ello, en principio, debe entenderse que excede de lo básico toda aquella ordenación que, por su minuciosidad y detalle, no deja espacio alguno a la competencia autonómica de desarrollo legislativo, produciéndose en tal caso, por regla general, un resultado de vulneración competencial que priva a lo presentado como básico de su condición de tal» (STC 147/1991, de 4 de julio).

Esto no implica que el alcance material de las bases se deba reducir al nivel de la mera abstracción, como principios genéricos que precisan ineludiblemente concreción legislativa posterior, pues las bases pueden asimismo articular la regulación de un aspecto si lo considera necesario el legislador estatal para asegurar un mínimo común normativo homogéneo de

ámbito nacional. Esto lleva a tener que distinguir, al definir lo básico, tanto su extensión como su intensidad, pues una cosa es que una institución o aspecto sea objeto de regulación con carácter básico (por ejemplo, situaciones administrativas, provisión de puestos de trabajo, retribuciones, etc.) y otra muy distinta la intensidad de esa regulación, pues el legislador básico puede regular más o menos elementos.

De todo lo anteriormente dicho se entiende que el alcance de lo básico es en cada período coyuntural, pues se encuentra supeditado a la opción legislativa del Estado, que, discrecionalmente, puede otorgar una mayor o menor extensión e intensidad a lo que considere básico en un momento determinado. En esta operación de definir el alcance extensivo e intensivo de lo básico, el Tribunal Constitucional sólo ha limitado al legislador estatal desde la perspectiva del exceso, no del defecto. Es decir, que el Tribunal puede considerar que el legislador estatal se ha excedido, en extensión o en intensidad, a la hora de calificar como básico un aspecto concreto o singular. Pero, por el contrario, no puede reputar inconstitucional la omisión del legislador de calificar un aspecto determinado (en su extensión o en su intensidad) como básico, pues ello entraría dentro del legítimo margen de que dispone el legislador estatal a la hora de definir lo básico. El único límite, por tanto, será regular y definir en exceso lo básico, pues ello limita o elimina la competencia propia de las Comunidades Autónomas. De ahí que el control sea más factible desde el punto de vista intensivo que extensivo. Así, por ejemplo, el legislador básico puede establecer que los funcionarios se agruparán en Cuerpos, pero en lo que respecta a su concreta regulación y articulación, aquél, por un lado, no puede agotar las posibilidades de configuración para dejar margen a las Comunidades Autónomas y, por otro, tampoco debe limitarse a los principios o a unas bases abstractas y evanescentes, de manera que el legislador básico podría fijar que los funcionarios se agruparán en Cuerpos y, a continuación, extraer de ello más o menos configuración y articulación, siempre que deje —insistimos— un margen configurador propio a las Comunidades Autónomas.

Al hilo de este ejemplo, es necesario hacer una última consideración de la jurisprudencia constitucional relativa a que «la intensidad y extensión que pueden tener las bases no es la misma en todos los ámbitos que integran ese régimen jurídico. Así, el alcance de lo básico será menor en aquellas cuestiones que se refieren primordialmente a la organización y al funcionamiento interno de los órganos de las Administraciones Públicas, que en aquellas otras que inciden más directamente en su actividad externa, sobre todo cuando afectan a la esfera de derechos e intereses de los administrados, aunque ciertamente no cabe trazar una distinción tajante entre unos aspectos y otros. No debe olvidarse que, según establece el artículo 149.1.18 CE, el objetivo fundamental, aunque no único, de las bases en esta materia es el de garantizar y no cabe duda de que cuanto menor sea la posibilidad de incidencia externa de las cuestiones reguladas por los preceptos impugnados, más remota resultará la necesidad de asegurar ese tratamiento común y, por el contrario, mayor relieve y amplitud adquirirá la

capacidad de las Comunidades Autónomas de organizar su propia Administración según sus preferencias» (STC 50/1999, de 6 de abril). Esta doctrina tendrá una gran influencia a la hora de definir la bases materiales del régimen estatutario de los funcionarios, en la medida en que los elementos estructurales de dicho régimen estatutario se encuentran intrínsecamente vinculados a la organización de las Administraciones Públicas, por lo que su intensidad de regulación básica será considerablemente más reducida.

Desde estas premisas, es necesario analizar el alcance o contenido material de las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, según la Constitución. Para ello resulta imprescindible partir de la temprana Sentencia 76/1983, de 5 de agosto, donde el Tribunal Constitucional consideró que «el artículo 149.1.18.^a de la Constitución reconoce al Estado competencia exclusiva para dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios. De ello deriva una doble competencia estatal en materia de función pública: 1.^a competencia para regular los aspectos básicos de la situación personal de los funcionarios públicos, es decir, de la denominada relación de servicio, contenido indiscutible del régimen estatutario, y 2.^a competencia para regular los aspectos esenciales de la organización de la burocracia de las Administraciones públicas, pues la expresión “régimen jurídico” contenida en el precepto constitucional no se refiere exclusivamente al procedimiento y al régimen de recursos, como ha señalado este Tribunal Constitucional en su Sentencia 32/1981, de 28 de julio, y ha de entenderse incluida también en ella la regulación básica de la organización de todas las Administraciones públicas».

Pues bien, en lo que atañe a la relación de servicio (en la medida en que determina la situación personal o posición subjetiva del funcionario), la jurisprudencia constitucional ha permitido una regulación más agotadora de las bases: adquisición y pérdida de la relación; situaciones administrativas; derechos y obligaciones; incompatibilidades; órganos y procedimientos de participación de funcionarios en la determinación de las condiciones de trabajo. En cambio, la relación orgánica, en la medida en que afecta a aspectos esenciales de la organización de la burocracia de las Administraciones Públicas, no tiene por qué ser un aspecto básico⁶. En un primer momento, la legislación postconstitucional apenas si reflejó esa posible diferencia de intensidad en la regulación de lo básico, lo que, unido al proceso de inferencia natural sobre la legislación preconstitucional, dibujaba un escenario en el que el margen de maniobra de las Comunidades Autónomas era reducido⁷. En este punto, precisamente, se observa un cambio de concepción en el EBEP.

⁶ Por ejemplo, las agrupaciones funcionariales (STC 54/1982, de 26 de julio).

⁷ G. FERNÁNDEZ FARRERES, «Régimen jurídico de la Función Pública y Jurisprudencia constitucional», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 12, mayo-agosto 1992, pág. 65. En el mismo sentido, A. PALOMAR OLMEDA, *Derecho de la Función Pública*, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 225.

2.2. *El Estatuto Básico del Empleado Público en cuanto bases del régimen estatutario de los funcionarios.*

2.2.1. La reducción de la densidad de la legislación básica.

En un contexto generalizado de opción de política legislativa caracterizado por lo que se ha dado en llamar un «adelgazamiento» de lo básico, el EBEP refleja como pocas normas esta elección por una reducción de la densidad de la legislación básica en materia de Función Pública. La Exposición de Motivos envuelve este fenómeno en dos motivos: uno político y otro técnico. El primero, la profunda descentralización político-administrativa experimentada en España con la creación y consolidación de las Comunidades Autónomas, y la consecuente implantación de Administraciones Públicas con Funciones Públicas propias, de donde se deriva la exigencia de que cada Administración pueda configurar su propia política de personal y su particular modelo de Función Pública. El segundo motivo, de carácter aparentemente técnico, sería el de permitir regulaciones sectoriales diferenciadas de acuerdo con la diversidad de formas de gestión de servicios y actividades públicos.

El Informe de la Comisión señaló las siguientes finalidades que debería perseguir la legislación básica en materia de Función Pública⁸: reafirmar los principios constitucionales sobre el empleo público; garantizar la igualdad básica de los derechos y deberes de los empleados públicos de todas las Administraciones; facultar al Estado para ejercer sus competencias sobre política económica general y estabilidad presupuestaria⁹; regular las relaciones de servicio y laborales en el empleo público; y «facilitar la interconexión o comunicación de los sistemas de empleo público de los diferentes niveles de administración y la coordinación voluntaria de sus políticas de empleo». Con estas finalidades, en realidad, podría caber cualquier cosa y el elenco de materias que realizaba a continuación extendía el alcance del Estatuto Básico sobre todas las instituciones y técnicas propias de la Función Pública¹⁰. La clave no radicaba, en cambio, en la amplia extensión de la le-

⁸ Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, 25 abril 2005, n. 13.

⁹ La Disposición Final Primera, relativa a la habilitación competencial del EBEP, invoca expresamente el artículo 149.1.13.^a de la Constitución, que se refiere a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

¹⁰ Los principios ordenadores del empleo público; la determinación y definición de las clases de empleados públicos, incluido el personal directivo, especificando el tipo de legislación aplicable a las relaciones de empleo en cada caso; los instrumentos de planificación, ordenación y gestión de los recursos humanos, con la flexibilidad necesaria para que cada Administración adopte los que más le convengan; los requisitos generales para el acceso al empleo público y los elementos que garanticen la efectividad de los principios de mérito y capacidad e igualdad, así como la transparencia y la agilidad de los procesos selectivos; los aspectos y garantías básicos de promoción profesional, sobre la base de los criterios de mérito y capacidad y de rendimiento y en atención a las necesidades del servicio; las normas básicas sobre situaciones administrativas y extinción de la relación de servicio de los em-

gislación básica, sino en su escasa intensidad, a cuyos efectos se mentaban los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad.

Es, pues, en este juicio de proporcionalidad sobre la legislación básica donde se recupera, de entrada, la distinción fundamental entre relación de servicio y relación orgánica. En efecto, partiendo de la consideración radical de la Función Pública como elemento vinculado a la organización administrativa, por un lado, y de la potestad de autoorganización de las Administraciones Públicas (en particular, de las Comunidades Autónomas), por otro, se remite a éstas la definición y configuración de la estructura objetiva de la Función Pública. Así, la «estructuración del empleo público» (capítulo II del título V) apenas si aparece dotada de contenido en el EBEP, salvo lo relativo a los grupos de clasificación dependientes de las titulaciones educativas. Pero en todo lo referente a las agrupaciones de puestos o de funcionarios se estará a lo establecido por el modelo concreto de cada Ley de Función Pública. En cambio, en lo tocante al contenido estricto de la relación de servicio (derechos y obligaciones), el EBEP lleva a cabo una intensificación apreciable de lo básico.

El resultado final es una Ley que presenta una densidad básica internamente desequilibrada entre el «estatuto objetivo» (la estructura) de la Función Pública y el «estatuto subjetivo» (derechos y obligaciones) de los funcionarios. Paradójicamente, tan criticable puede resultar la reducción del primero como la amplitud del segundo. En relación con la merma en la intensidad de lo básico, se ha cuestionado tanto su oportunidad política o administrativa como —con menos fundamento— su viabilidad constitucional¹¹. Por su parte, los derechos de los funcionarios públicos aparecen regulados en ocasiones con previsiones tan detalladas y concretas que sorprenden en un contexto general de reducción de lo básico. Tal es el caso de los derechos a la negociación colectiva y a la representación y participación institucionales, donde además concurre una vinculación estrecha a la organización administrativa. O las previsiones sobre permisos de los funcionarios, donde, por añadidura, el EBEP introduce una peculiar dádiva de difícil justificación desde lo básico, como son los dos días adicionales de libre disposición que disfrutarán los funcionarios al cumplir el sexto trienio, in-

pleados públicos; las normas básicas que faciliten la movilidad de los empleados entre las distintas Administraciones Públicas; los supuestos y causas de extinción de las relaciones de empleo público; el conjunto de derechos básicos de los empleados públicos; las bases del régimen retributivo de los funcionarios públicos; el sistema de representación y la estructura, contenido y efectos de la negociación colectiva de los funcionarios públicos y otros procedimientos de participación y de solución de conflictos y las reglas especiales aplicables al personal laboral; los principios éticos y deberes básicos de los empleados públicos; las normas básicas sobre incompatibilidades de los empleados públicos; los principios del régimen disciplinario; las relaciones de cooperación entre las Administraciones en materia de empleo público. *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, 25 abril 2005, n. 13.

¹¹ J. FONDEVILA, «Reflexiones en torno al informe para la preparación de un Estatuto Básico de Empleado Público: especial referencia a la propuesta de reducción del contenido y alcance de lo básico», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núms. 298-299, mayo-diciembre 2005, págs. 169-225.

crementándose en un día adicional por cada trienio cumplido a partir del octavo (art. 48.2 EBEP).

2.2.2. Peculiaridades en el uso de la técnica básica del EBEP.

Uno de los aspectos más destacables del EBEP son algunas peculiaridades que presenta una legislación que se dicta como básica y que, por tanto, debería establecer ese mínimo común normativo en todo el territorio nacional.

En primer lugar, el EBEP contiene previsiones que realmente no fijan un mínimo común, sino que dejan a las Comunidades Autónomas y al Estado la opción de aceptar o no, a través de su normativa propia, instituciones o elementos enteros de la Función Pública. Es el caso, por ejemplo, de una de sus innovaciones más destacadas, como es el personal directivo (art. 13), «llamado a constituir en el futuro un factor decisivo de modernización administrativa», según la Exposición de Motivos. Pues bien, la implantación efectiva y el desarrollo normativo¹² de esta figura se dejan a la voluntad de los gobiernos de las Administraciones Públicas (Estado y Comunidades Autónomas), por lo que en última instancia podría darse el caso de un modelo de Función Pública que prescindiera de esta figura.

Pero el supuesto de previsión básica facultativa más llamativo es, sin duda alguna, el relativo a las modalidades de carrera que el EBEP establece. Según el artículo 16.3, las Leyes de Función Pública que desarrollen el EBEP regularán la carrera profesional de su ámbito respectivo, «que podrán consistir, entre otras, en la aplicación aislada o simultánea de alguna o algunas» de las modalidades que prevé el Estatuto Básico: carrera y promoción interna, vertical u horizontal en ambos casos. Pues bien, si el Proyecto de Ley ya ofrecía aquí un menú dispositivo —pero limitado— de modalidades de carrera (alguna o algunas de las cuatro), la tramitación parlamentaria ha introducido ese perturbador «entre otras» que viene a dejar libertad absoluta para que cada Ley de Función Pública implante la modalidad de carrera que estime oportuno, sin verse siquiera limitada por las cuatro modalidades previstas en el EBEP.

En otras ocasiones, el EBEP se limita a habilitar o autorizar que las Administraciones Públicas organicen la gestión de su empleo público conforme a determinadas posibilidades igualmente opcionales. Así, se permite a las Administraciones Públicas la delegación de actividades de negociación colectiva a órganos técnicos especializados, que las representarán en las mesas de negociación, que actuarán conforme a sus instrucciones políticas y cuyos acuerdos precisarán la ratificación del órgano competente según los casos (art. 33.3 EBEP). Otro ejemplo es el de los órganos especializados y permanentes de selección de personal, cuya posibilidad se prevé en el artículo 61.4 EBEP. Como se ve, el EBEP se limita a autorizar estas formas de gestión (de la negociación colectiva o de la selección de empleados), el re-

¹² Deslegalización que no estaba prevista originariamente en el Proyecto de Ley.

curso a las cuales dependerá de la potestad de autoorganización de cada Administración Pública. Por lo que, en última instancia, cabe plantearse lo superfluo o innecesario de su previsión en el EBEP, pues aunque no estuviese recogida esa habilitación en el Estatuto Básico bien podría cada Administración organizar la gestión de sus recursos humanos conforme considere oportuno. De hecho, la creación de órganos especializados de gestión se puede extender a otros aspectos de los recursos humanos que no tienen por qué estar autorizados expresamente en el EBEP.

Pero el supuesto más peculiar es la utilización de la legislación básica con una eficacia supletoria. Es el caso del artículo 48.1 del EBEP, relativo a los permisos de los funcionarios. Según el mismo, las Administraciones Públicas determinarán los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios públicos y sus requisitos, efectos y duración. Ahora bien, «*en defecto de legislación aplicable*» de esas Administraciones Públicas, «los permisos y su duración serán, *al menos*», los que aparecen en dicho precepto. Independientemente de la ambigüedad sobre si los permisos deben ser regulados por reglamento (en virtud del llamamiento a las «Administraciones Públicas») o por ley (utilización de la expresión «legislación aplicable»), lo destacable es que la regulación completa y exhaustiva que hace el EBEP sobre los permisos de los funcionarios no constituye un mínimo común normativo para todo el territorio nacional porque sean las bases que informen la legislación de Función Pública de Estado y Comunidades Autónomas, sino que se configura, primero, como normativa supletoria que sólo regirá «en defecto de legislación aplicable» y, segundo, como normativa superable por la normativa o por el convenio colectivo. Cada Ley podrá o no regular los permisos de los funcionarios. Si no lo hace, se aplicará supletoriamente la legislación básica. Si lo hace, deberá respetar el mínimo previsto en la legislación básica, pero es libre de introducir mejoras al alza.

Éstas son, en suma, las peculiaridades que presenta el EBEP a la hora de establecer la legislación básica de los funcionarios públicos. Lo básico como facultativo o disponible, lo básico como habilitación o autorización y lo básico como supletorio resultan, en última instancia, intrínsecamente contradictorios con la finalidad y concepto mismo de la legislación básica como norma que establece una regulación mínima y común, necesaria e indispensable, segura e indispensable.

2.3. *Las bases del régimen estatutario de los funcionarios fuera del EBEP.*

Al igual que el EBEP no es todo el «Estatuto» de los funcionarios públicos del artículo 103.3 CE, aquél tampoco es toda la legislación básica del régimen estatutario de los funcionarios. Y es que ha quedado fuera del EBEP la legislación básica sobre incompatibilidades (recogida en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre), en contra de la propuesta del Informe del Comité de Expertos, que acertadamente abogaba por su inclusión y su universaliza-

ción —en aras de la igualdad, transparencia y seguridad jurídica— a todo el personal al servicio de las Administraciones Públicas, también el regulado por leyes especiales u orgánicas (Administración de Justicia, Consejo de Estado, Tribunal Constitucional, etc.).

2.4. *El contenido no básico del EBEP.*

Pero el Estatuto Básico del Empleado Público no es sólo legislación básica del régimen jurídico de los funcionarios. Tal y como especifica su artículo 1.2, también tiene por objeto «determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas», dictadas, según la Disposición Final Primera EBEP, al amparo del artículo 149.1.7.^a de la Constitución, que otorga al Estado competencia exclusiva sobre la legislación laboral. No es, pues, legislación básica, sino legislación directamente aplicable que tan sólo puede ser «ejecutada» por las Comunidades Autónomas. De esta forma, mientras en relación con el régimen estatutario de los funcionarios públicos las Comunidades Autónomas pueden aprobar legislación propia en el marco de las bases estatales, la relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas es uniforme en toda España, sin perjuicio de la eventual adaptación normativa de esta relación laboral a la organización administrativa que algunos Estatutos de Autonomía han reconocido a sus Comunidades Autónomas —v.gr., arts. 76.2.c) EA Andalucía o 136.c) EA Cataluña—.

3. *Estatuto Básico del «Empleado Público»*

Así pues, el Estatuto es, por un lado, legislación básica del régimen jurídico de los funcionarios públicos y, por otro, legislación de la relación laboral de empleo público. Todo ello cubierto a la par por la expresión «empleado público». Es, sin duda alguna, el gran hallazgo terminológico de la Ley 7/2007. Una suerte de síntesis superadora de la histórica dialéctica entre la tesis funcionarial y la antítesis laboral. En realidad, no hay tal síntesis, pues la locución «empleado público» es una noción formal carente de contenido propio. No es ni una clase ni una categoría de personal al servicio de las Administraciones Públicas. Es un recurso nominal para referirse al mismo tiempo a dos realidades diferentes: funcionarios y contratados laborales. En suma, una técnica legislativa.

Pero, más allá de esta perspectiva de técnica legislativa, el porqué de esta expresión se encuentra en el hecho de que aúne asépticamente (esto es, sin prejuzgar la naturaleza jurídica del vínculo) a todo el personal (de ahí que se hable de «empleado») al servicio de las Administraciones Públicas (de ahí, obviamente, el término «público»). Y, en última instancia, responde a la idea de la convergencia de regímenes jurídicos de funcionarios y laborales, sometidos a las mismas reglas jurídicas. La expresión no es, pues, neutral, ya que de otra manera habrían bastado locuciones ya utilizadas como las de «agentes públicos» o «personal al servicio de las Administraciones Públicas».

II. ESTATUTO BÁSICO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS

1. *Legislación básica y legislación autonómica*

«En desarrollo de este Estatuto, [...] las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas aprobarán, en el ámbito de sus competencias, las Leyes reguladoras de la Función Pública [...] de las Comunidades Autónomas» (art. 6 EBEP). De esta manera, la legislación autonómica de Función Pública se califica expresamente como desarrollo de la legislación básica. A pesar de ello, no hay que olvidar que se trata de una competencia legislativa propia¹³ en virtud de la cual las Comunidades Autónomas deben disponer de la suficiente capacidad de configuración para diseñar un modelo propio de Función Pública. De ahí que la intensidad de lo básico sea limitada, para dejar ese margen a las Comunidades Autónomas¹⁴, lo que en el caso de la Función Pública viene acentuado por su conexión con la potestad de autoorganización de aquéllas.

En efecto, para el Tribunal Constitucional, la organización de su propia Función Pública por una Comunidad Autónoma es, en sí mismo, un «bien constitucionalmente protegible». En la medida en que las Comunidades Autónomas se erigen en entidades políticas descentralizadas dotadas de autonomía, una de sus manifestaciones sería la de crear una Función Pública propia, expresión de su competencia de autoorganización. De ella se deriva una mayor capacidad a la hora de consolidar, modificar o completar sus estructuras y de configurar o concretar organizativamente el estatus del personal a su servicio. Más aún, el principio de autoorganización de las Comunidades Autónomas tendría un respaldo constitucional expreso [arts. 147.2.c) y, especialmente, 148.1.1 CE], plasmado normalmente en cada Estatuto de Autonomía, lo que supone el reconocimiento de la competencia autonómica para organizar no sólo su propia Administración Pública, sino también su propia Función Pública¹⁵.

Así pues, y como consecuencia de la opción política del legislador básico de reducir su extensión y su intensidad, las Comunidades Autónomas disponen de un amplio margen de configuración de su Función Pública, especialmente en su estructura objetiva, de la que depende decisivamente lo que se da en llamar el modelo de Función Pública. De hecho, hasta que no se aprueben estas Leyes autonómicas de Función Pública, todos los elemen-

¹³ Aunque sea propia, la competencia que tienen las Comunidades Autónomas para regular la organización de su burocracia (en su vertiente tanto de relación de servicio como de relación orgánica) no se reconduce a sus «instituciones de autogobierno», sino a la competencia específica relativa a la organización de sus propias Administraciones. De esta manera, al insertar la Función Pública en el adecuado nivel administrativo (art. 148.1.1.ª CE) y no en el político (152.1 CE), puede el Tribunal Constitucional afirmar la aplicación de las bases estatales sobre Función Pública del 149.1.18.ª a las Funciones Públicas autonómicas: STC 76/1983, de 5 de agosto.

¹⁴ STC 172/1996, de 31 de octubre, FJ 3.

¹⁵ SSTC 57/1990, de 29 de marzo; 293/1993, de 18 de octubre; 9/1995, de 16 de enero.

tos del EBEP dependientes de esa estructura objetiva (ordenación, carrera, retribuciones, etc.) no podrán ser aplicados.

2. *Legislación básica y Estatutos de Autonomía*

Premisa, no obstante, de esa articulación constitucional legislación básica-legislación autonómica es la asunción competencial de la materia por las Comunidades Autónomas y las posibles contradicciones entre los Estatutos de Autonomía (y la legislación que amparen) y la legislación básica.

Esta cuestión es sumamente compleja y, evidentemente, no se ha circunscrito al debate académico, saltando a la palestra política. Con carácter general, la relación entre la legislación básica y los Estatutos de Autonomía se encuentra en la actualidad *sub iudice* al haberse frontalmente planteado en algunos recursos de inconstitucionalidad contra recientes Estatutos de Autonomía.

Más concretamente, la misma tramitación parlamentaria del EBEP propició precisamente la escenificación política de esta polémica relación. En efecto, partidos nacionalistas e independentistas catalanes acusaron al proyecto de EBEP de invadir las competencias que la Generalidad de Cataluña había asumido con su nuevo Estatuto de 2006. El resultado fue la Disposición Final Segunda, según la cual «*las previsiones de esta Ley son de aplicación a todas las Comunidades Autónomas respetando en todo caso las posiciones singulares en materia de sistema institucional y las competencias exclusivas y compartidas en materia de función pública y de autoorganización que les atribuyen los respectivos Estatutos de Autonomía, en el marco de la Constitución*». Como equilibrio político, su redacción es prodigiosa. Constitucionalmente, en cambio, esta Disposición no puede prejuzgar en abstracto la relación entre la legislación básica y los Estatutos de Autonomía.

Para SÁNCHEZ MORÓN, esta Disposición «es sorprendente y de escaso o nulo valor»¹⁶. Según este autor, la legislación básica del régimen estatutario de los funcionarios *ex* artículo 149.1.18.^a de la Constitución, que el EBEP establece, «no puede contradecir lo establecido en un Estatuto de Autonomía ni menoscabar las competencias autonómicas de cualquier clase reconocidas por él. De lo contrario, el EBEP sería, en el aspecto de que se trate, inconstitucional. Pero esta declaración y, por tanto, el contraste de la legislación básica con los Estatutos de Autonomía, corresponde hacerla solo al Tribunal Constitucional. Ahora bien, si el EBEP no es inconstitucional —y así hay que presumirlo, mientras no se declare lo contrario—, está respetando por definición todos los Estatutos de Autonomía y por tanto, todas las llamadas “posiciones singulares” y todas las competencias exclusivas y compartidas de todas

¹⁶ M. SÁNCHEZ MORÓN, «Objeto y ámbito de aplicación», en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público* (Dir. M. SÁNCHEZ MORÓN), Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 65.

las Comunidades Autónomas, en materia de función pública y en cualquier otra. Y, en tal caso, el EBEP debe ser aplicado en todas y por todas las Comunidades Autónomas por igual, en sus estrictos términos, sin ningún tipo de reserva, matiz o cortapisa. De donde se sigue que la disposición adicional segunda es absolutamente superflua en términos de Derecho»¹⁷.

Sin embargo, el EBEP no está solventando la problemática abstracta de la relación constitucional entre la legislación básica y los Estatutos de Autonomía, que, en cualquier caso, no se dilucidaría en clave de validez, sino de eficacia del Estatuto o de la legislación básica¹⁸. En virtud de los Estatutos de Autonomía, las Comunidades Autónomas asumen competencias. Independientemente de la calificación unilateral estatutaria como exclusiva o compartida, la controversia radica en si, en cualquier caso, la legislación básica informa el ejercicio de esas competencias o si la inclusión de una competencia exclusiva en un Estatuto de Autonomía supone la ineficacia de la legislación básica estatal, en ese ámbito territorial, en caso de concurrencia entre las bases y el Estatuto (y la normativa dictada al amparo de éste). La cuestión no es meramente teórica. Por ejemplo, el artículo 150 del nuevo Estatuto de Cataluña atribuye a esta Comunidad Autónoma la competencia exclusiva sobre la regulación de los directivos públicos. Al haber incluido el legislador estatal en el EBEP con carácter básico un régimen mínimo sobre el personal directivo, cabría cuestionarse si la regulación del Estatuto básico debe ser respetada por la regulación autonómica que se dicte en el ejercicio de esa competencia «exclusiva» prevista en el Estatuto de Cataluña¹⁹.

No obstante lo dicho, lo que estaría haciendo en realidad esta Disposición Final Segunda sería autolimitar el propio ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en virtud de las competencias asumi-

¹⁷ *Ibidem*. Concluye este autor: «¿A qué viene entonces una regla como la de la citada disposición adicional? Sin duda sólo se entiende como una cláusula de exclusivo significado político, destinada a dar satisfacción moral o formal o a vencer las resistencias al pacto de algún o algunos grupos minoritarios de la Cámara. Un ejemplo más de la prioridad que en la tramitación gubernativa y legislativa del Estatuto se ha dado a la búsqueda del consenso político por encima de otras consideraciones».

¹⁸ En este sentido, F. VELASCO, «Reforma de los Estatutos de Autonomía y reforma de las bases del régimen local», en *Reforma y retos de la Administración Local* (Dir. R. PARADA y J. A. FUENTETAJA), Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 144, quien se decanta por la inaplicación de la normativa estatal básica.

¹⁹ No es éste el único punto de potencial colisión entre el EBEP y el Estatuto de Cataluña de 2006. En efecto, el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, al definir las competencias compartidas de esa Comunidad Autónoma en su artículo 111, señala que las bases que fije el Estado en una materia se deben limitar a «principios» o a un «mínimo común normativo». La aplicación de esta concepción de lo básico a la Función Pública indica que Cataluña asume «la competencia compartida para el desarrollo de los principios ordenadores del empleo público, sobre la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, las situaciones administrativas y los derechos, deberes e incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas» [art. 136.1.b) EAC]. Parece señalarse que lo básico, respecto a esta Comunidad Autónoma, se circunscribiría a los principios ordenadores de la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, de las situaciones administrativas y de los derechos, deberes e incompatibilidades. El resto es competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, cuya normativa no se vería informada por lo básico, por mucho que la legislación básica del Estado se extienda a más ámbitos de la Función Pública.

das por las Comunidades Autónomas a través de sus Estatutos en materia de Función Pública. Es decir, el EBEP excepciona su aplicación en aquellas Comunidades Autónomas que hubieren asumido competencias exclusivas y compartidas en materia de Función Pública, con lo que primaría el Derecho autonómico sobre el Derecho estatal básico en aquellos extremos que éste fuera contrario a aquél. Cabría preguntarse si la legislación básica puede hacer tal cosa. En realidad, la respuesta nos la da el propio EBEP, pues esa Disposición Final Segunda, en última instancia, no es sino una generalización de excepciones puntuales también previstas en el propio EBEP. En efecto, la Disposición Adicional Tercera regula la aplicación del EBEP a las Instituciones Forales de Navarra y el País Vasco, que deberá hacer respetando, respectivamente, la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, y la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía para el País Vasco.

III. ESTATUTO BÁSICO Y LEGISLACIÓN DEL ESTADO

1. *Legislación estatal de Función Pública como desarrollo del EBEP*

Además de la legislación autonómica de Función Pública dictada en desarrollo de la legislación básica del Estatuto, el artículo 6 del EBEP concibe la legislación estatal de Función Pública como «desarrollo» de la legislación básica de Función Pública.

El artículo 6 EBEP tiene que remitirse a legislación estatal específica para la Administración General del Estado porque el EBEP —siendo legislación del Estado— no agota para aquella Administración la reserva de ley del artículo 103.3 CE. Y es que el objetivo del EBEP es establecer una *norma básicamente pura* del régimen estatutario de los funcionarios públicos. Ello obliga a una innovación en la técnica legislativa. Cuando tenía que dictar la legislación que le era aplicable, lo normal hasta ahora era que el Estado procediera en un solo texto a regulaciones completas y tendencialmente exhaustivas de una materia cuando tuviera competencia para ello, identificando simplemente los preceptos de esa ley que tuvieran carácter básico. Al estar incluidos en el mismo instrumento normativo, la relación entre lo legislativamente básico y lo legislativamente estatal *strictu sensu* se reducía a eventuales contradicciones internas. Con esta Ley del EBEP, en cambio, el legislador ha pretendido que la Ley básica redujera su contenido precisamente a lo básico, sin «contaminaciones» de preceptos que no tengan ese carácter. Esto hace que el Estado regule una materia, primero, con la legislación básica y, segundo, con la legislación estatal sobre la materia que no es básica y que puede dictar porque tiene competencia para ello, sin tener que limitarse constitucionalmente a lo básico. Se trata, insistimos, de dos textos normativos. Cuestión diferente es que la legislación estatal que regula la materia deba respetar lo establecido en la legislación básica.

En efecto, del artículo 6 EBEP, que llama a una legislación estatal de «desarrollo» para el Estado, implícitamente se entiende la obligación por aquella legislación estatal de respetar la legislación básica, por entender que ésta se encuentra en una posición ordinamental superior. En consecuencia, si la legislación estatal de Función Pública vulnerase la legislación básica, sería inconstitucional. Sin embargo, el carácter básico de una ley estatal es exclusivamente relativo respecto a las Comunidades Autónomas. No existen leyes básicas frente al Estado, por lo que la legislación básica no es parámetro de control de la constitucionalidad de las leyes estatales.

Que la legislación básica no es canon de constitucionalidad de las leyes del Estado lo ha pretendido zanjar el Tribunal Constitucional en su Sentencia 240/2006, de 20 de julio. Dictada en el marco de la autonomía local, en dicha Sentencia viene a establecer que *«a pesar de reconocer puntualmente “la singular y específica naturaleza y posición [de la Ley de las bases del régimen local] en el Ordenamiento jurídico” (STC 259/1988, de 22 de diciembre, FJ 2), de la jurisprudencia examinada no se concluye que la Ley reguladora de las bases del régimen local constituya siempre canon de validez de la ley, estatal o autonómica, a la hora de enjuiciar normas que desarrollen aspectos concretos de la autonomía local. De la ley estatal no lo constituye porque la Ley de las bases del régimen local, más allá de la referida naturaleza singular, y de su carácter básico ex artículo 149.1.18 CE, no ocupa en nuestro Ordenamiento una posición distinta a las demás leyes ordinarias del Estado, que pueden por tanto establecer disposiciones contrarias a la Ley de las bases del régimen local, las cuales deberán ser consideradas modificaciones legislativas pero no leyes inconstitucionales»*. Y concluye que *«no puede pretenderse de este Tribunal que enjuicie una norma estatal utilizando como parámetro otra norma estatal [...] pues, lógicamente, si no se ha vulnerado la Constitución debe interpretarse como una nueva opción del legislador»* (FJ 8).

Como consecuencia de todo lo anterior, el legislador estatal de Función Pública no tendría por qué respetar el EBEP. Podría no sólo dictar una Ley de Función Pública del Estado opuesta (total, parcial o puntualmente) al EBEP, sino también incidir sobre lo básico, explícita o implícitamente. Esto es, el legislador estatal, al dictar su Ley de Función Pública para la AGE, tiene varias posibilidades: en primer lugar, respetar *in toto* el EBEP; en segundo lugar, contradecir al EBEP, bien declarando explícitamente que lo básico tiene una nueva redacción (más o menos amplia, según la opción del legislador básico), bien reformando implícitamente incluso el EBEP, pues la ley posterior deroga a la anterior, aunque las exigencias formales de la legislación básica precisarían una manifestación explícita.

En tercer lugar, se podría dar incluso la situación teórica —y más discutible— de que el legislador estatal dictara una legislación de Función Pública incompatible con el Estatuto Básico, pero que al no decir que es una derogación o reforma expresa de la legislación básica, ésta subsistiera a efectos básicos respecto a las Comunidades Autónomas pero fuera inaplicable por el Estado, que no se vería vinculado por lo básico. Y todo ello sobre la base de que el ámbito de aplicación de esta legislación de desarrollo sería

diferente al de la legislación básica del Estatuto Básico, pues se circunscribiría a la Administración General del Estado.

2. *Legislación estatal de Función Pública como normativa supletoria*

De lo que no cabe duda alguna es que la legislación estatal no básica de Función Pública tendrá una eficacia supletoria respecto a la legislación autonómica, pues el Estado ostenta competencia para dictar aquella legislación no básica para su Administración. No obstante, esta virtualidad supletoria no será fácilmente aplicable en la medida en que los sistemas autonómicos de Función Pública, por un lado, tendrán una clara vocación de exhaustividad y, por otro, serán cada vez más heterogéneos entre sí y frente al modelo estatal de Función Pública, del que se apartarán cada vez más, en especial en lo relativo a la estructura objetiva, donde la normativa básica se ha reducido considerablemente.

IV. ESTATUTO BÁSICO Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA²⁰

Junto a las Leyes del Estado o de las Comunidades Autónomas que se deben dictar como «desarrollo» del EBEP, otra pieza fundamental para su aplicación son los Pactos y Acuerdos en que desemboca la negociación colectiva entre los empleados públicos y las Administraciones Públicas. En este ámbito, el EBEP realiza una opción trascendental por la eficacia normativa de tales instrumentos, erigiéndolos como peculiares fuentes reguladoras de las condiciones de empleo de los funcionarios.

Aunque contemplada conjuntamente como un derecho de los empleados públicos, la negociación colectiva de laborales y funcionarios es radicalmente disímil. Tan es así que no sólo el EBEP se remite para los primeros al Estatuto de los Trabajadores (art. 32), sino que es precisamente esta negociación colectiva laboral y los convenios colectivos en que se plasma la prueba más evidente de la artificiosa unificación del régimen de laborales y funcionarios intentada por el EBEP. Y es que éste —para aquéllos— es norma mínima a desarrollar o complementar vía convenios colectivos, permitiéndose a través de éstos continuas especificaciones y singularidades de régimen jurídico que escapen a la normativa inicialmente común (v.gr., retribuciones, provisión, movilidad o disciplina), a no ser que se califique esa legislación laboral del Estatuto Básico como «Derecho necesario» indisponible por negociación colectiva laboral²¹. Para el personal funcionario, en cambio, el EBEP (y sus leyes de desarrollo) constituyen el

²⁰ Vid. R. ROQUETA BUI, *El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007.

²¹ Así lo hizo la Comisión Permanente de la Comisión Superior de Personal en su Acuerdo de 20 de abril de 2007 sobre el permiso de paternidad y la suspensión del contrato de trabajo por paternidad.

marco dentro del cual debe desenvolverse esta negociación colectiva administrativa.

1. *Contenido de la negociación colectiva funcionarial*

El contenido de las materias sometidas a negociación colectiva se delimita positiva y negativamente. Desde esta última perspectiva, el EBEP (art. 37.2) señala, en primer lugar, la obvia exclusión de las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a su potestad de autoorganización, si bien introduce a continuación una excepción llamada a vaciar de contenido a la exclusión: «salvo que repercutan en las condiciones de empleo de los funcionarios», lo que en la práctica y en la dinámica Administración-sindicatos conduce al sometimiento a negociación de numerosas decisiones estrictamente organizativas pero a las que no es difícil encontrar una afectación o repercusión sobre la carrera, promoción, movilidad, lugar de trabajo, horario, etc., de los funcionarios. En segundo lugar, se dejan fuera de la negociación cuestiones como la regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos y de los usuarios de los servicios públicos, así como el procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativos. En tercer lugar, la determinación de las condiciones de trabajo del personal directivo. En cuarto lugar, los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica. Y en quinto y último lugar, la regulación y determinación concretas, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional. Además, hay que tener presentes los principios de legalidad y de cobertura presupuestaria que informan la negociación colectiva (art. 33.1 EBEP), así como la referencia expresa al respeto del contenido del EBEP y de sus leyes de desarrollo (art. 31.7 EBEP).

En cuanto al elenco de materias sujetas a negociación, tanto su ámbito como su objeto son lo suficientemente imprecisos e, incluso, contradictorios con algunas exclusiones como para exigir una concreción aplicativa ulterior que se vislumbra, cuando menos, compleja. Esto es especialmente así en lo que respecta a las «normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de planificación» [art. 37.1.c)], que habrá que coherenar con la exclusión de la obligatoriedad de la negociación de «la regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimiento de acceso al empleo público y la promoción profesional» [art. 37.2.e)].

Normalmente, se someten a negociación criterios generales (evaluación del desempeño; planes y fondos para formación y promoción; determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas; acción social; ofertas de empleo público; planificación de recursos humanos en la medida en que afecte a condiciones de trabajo), pero también se especifican materias concretas (aplicación del incremento de las retribuciones fijado en las

Leyes respectivas de Presupuestos; la determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios; el calendario laboral, horario, jornadas, vacaciones, permisos, movilidad funcional y geográfica).

En suma, el contenido de la negociación colectiva funcional viene regulado con unos contornos lo suficientemente imprecisos como para permitir incluir en ella prácticamente cualquier asunto o cuestión que, aun indirectamente, pueden afectar a las condiciones de empleo de los funcionarios, con el único límite infranqueable de la reserva de ley. Y aun ésta a efectos formales, pues también se pueden negociar materias sometidas a reserva formal o material de ley, en la medida en que en tal caso la negociación colectiva funcional desembocaría en la obligación para el órgano de gobierno de presentar un Proyecto de Ley conforme al Acuerdo concertado en la mesa de negociación. Más aún, se observa una tendencia implícita a que la potestad reglamentaria en la Función Pública se vea sustituida o, cuando menos, ejercida a través de la negociación colectiva funcional en cuanto procedimiento administrativo especial para elaborar instrumentos normativos que regulen las condiciones de empleo de los funcionarios. Y cuando no se trate de la potestad reglamentaria, la negociación colectiva funcional permitiría limitar y encuadrar el ejercicio de las potestades discrecionales de gestión del empleo público.

2. *Naturaleza de la negociación colectiva funcional y de los Pactos y Acuerdos*

El resultado de la negociación colectiva funcional es la concertación de Pactos y Acuerdos en las mesas de negociación. La conceptualización de ambos instrumentos es imprescindible para intentar definir su naturaleza y eficacia.

Siguiendo con la regulación anterior, el EBEP traza una divisoria dicotómica con un criterio orgánico: órganos de gobierno de las Administraciones Públicas y el resto de órganos administrativos. Estos últimos, en la medida en que ostentan competencias de gestión sobre el personal a su servicio, podrán celebrar *Pactos* de aplicación directa que, objetiva y subjetivamente, se delimitan en función del ámbito competencial del órgano en cuestión.

Por su parte, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas podrán celebrar *Acuerdos* en el ámbito de sus competencias de empleo público, lo que comprende especialmente —aunque no de forma exclusiva— el ejercicio tanto de la potestad reglamentaria como de la función ejecutiva en materia de Función Pública. Esto incluye asimismo la potestad ejecutiva de iniciativa legislativa, por lo que la negociación colectiva también se extiende a materias sometidas a reserva de ley, si bien en este caso los Acuerdos carecen de eficacia directa y suponen la obligación por parte del órgano de gobierno de remitir un proyecto de ley conforme al Acuerdo en cuestión. No obstante, el ámbito natural de desenvolvimiento de los Acuerdos lo

constituye más bien el de la potestad reglamentaria del órgano de gobierno, o sea, temas que pueden ser decididos definitivamente por él mismo. El EBEP predica la aplicabilidad directa del contenido de este último tipo de Acuerdos, lo que recalca con la especificación fundamental de que a esa aplicabilidad no le obsta la mera formalidad de modificar o derogar una disposición reglamentaria contraria. Aquí es donde más explícitamente se observa la intencionalidad legislativa de dotar a los Acuerdos de una eficacia normativa, incluso frente a reglamentos en contra, abriendo la puerta al reconocimiento de una nueva fuente jurídica en el ámbito de la Función Pública.

Pero antes es preciso tener en cuenta que la segunda característica de los Acuerdos —además de versar sobre competencias de Función Pública que son competencia de los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas— es que precisan la aprobación expresa y formal de aquellos órganos no ya para que desplieguen toda su eficacia jurídica, sino incluso para su mismísima validez. De esta aprobación posterior por el órgano de gobierno dependen la naturaleza y la eficacia de los Acuerdos. Si estos Acuerdos, para ser tales, precisan de la aprobación del órgano de gobierno, la clave no estaría en el Acuerdo en sí —que, insistimos, sin aprobación no existiría, pues aquella es requisito de validez y no sólo de eficacia—, sino en la virtualidad jurídica de la aprobación «expresa y formal» del órgano de gobierno. Y este acto de aprobación, que es el último requisito constitutivo del Acuerdo y el primero de su eficacia, volvería a protagonizar toda la polémica doctrinal sobre la naturaleza del Acuerdo (reglamento o contrato), toda vez que el EBEP reafirma su eficacia normativa.

A este respecto, la intencionalidad subyacente en el proceso de elaboración del EBEP es clara. Según el Informe del Comité de Expertos, los «Acuerdos de contenido normativo pueden considerarse en sí mismos una norma jurídica de obligado cumplimiento, una vez ratificados y publicados en el correspondiente Diario Oficial. Así debe precisarse en el Estatuto Básico. Esto supone, como ya ha admitido la jurisprudencia, la consolidación de una nueva fuente del derecho en este ámbito. Un tipo de norma negociada, que, por otra parte, no resulta una novedad absoluta en el ámbito del derecho administrativo, que hoy en día reconoce a otros efectos distintos (por ejemplo, en materia urbanística, educativa, económica, etc.) la existencia de pactos, acuerdos, convenios o conciertos, que por su contenido tienen eficacia normativa propia. Esa «norma negociada» debe tener, como es lógico, el rango jerárquico correspondiente al órgano que la firma o ratifica, insertándose con dicho rango en el ordenamiento jurídico. Por consiguiente, tales Acuerdos normativos pueden derogar, modificar o sustituir las normas reglamentarias, que hasta su celebración, hayan venido regulando las mismas materias. También los Pactos, si tuvieran contenido normativo, deben considerarse normas jurídicas, para lo cual precisan de la correspondiente publicación en un Diario Oficial»²².

²² Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, 25 abril 2005, n. 88.

Se trataría, pues, de una «nueva fuente de Derecho» de la Función Pública cuyo objeto sería la regulación de condiciones de empleo propias del Derecho Administrativo. Y es que —como especifica SÁNCHEZ MORÓN— «los Pactos y Acuerdos a que el EBEP se refiere tienen carácter jurídico público, al igual que las cláusulas de un contrato administrativo», por lo que «el EBEP está consolidando definitivamente una fuente de producción de Derecho Administrativo, esta vez de naturaleza bilateral y negociada»²³. Si esto es así, la negociación colectiva trascendería decisivamente el derecho del que trae causa para configurarse como un procedimiento administrativo especial²⁴ por el que se producen Pactos y Acuerdos en cuanto instrumentos *sui generis* de Derecho Público con eficacia normativa sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios. Es importante, pues, partir de la premisa de que nos encontraríamos, en todo caso, ante un procedimiento administrativo especial y ante instrumentos peculiares y originales de Derecho Público. Y es que, por mucha que haya sido la influencia o inspiración del Derecho Laboral, la negociación colectiva de los funcionarios ni es de naturaleza laboral ni menos aún se sujeta a aquél. Nos encontramos ante el tradicional fenómeno de administrativización de instituciones privadas, como ya ocurriera históricamente con el contrato administrativo: el Derecho de la Función Pública adaptaría y transformaría la negociación colectiva laboral a los principios estructurales de las Administraciones Públicas y a la peculiar relación de servicio que articula la vinculación estatutaria de sus funcionarios, configurando unas instituciones jurídico-públicas peculiares que serían tanto unas fuentes normativas propias (Pactos y Acuerdos) como el procedimiento que conduce a su elaboración (negociación colectiva). Habría, en todo caso, que distinguir estos dos planos: el procedimiento y el resultado del mismo, pues por mucho que aquél sea negociado y bilateral, el instrumento normativo en que desemboca no tiene por qué ser igualmente negociado y bilateral.

El EBEP no ha sido, en cambio, tan explícito o, si se prefiere, tan revolucionario o innovador en el sistema de fuentes de la Función Pública. Si hubiese querido introducir una nueva fuente jurídica en este ámbito, lo mínimo que habría que exigirle al legislador es claridad y seguridad, pues la inserción de una fuente normativa, negociada y bilateral, en el Derecho Administrativo plantea los suficientes problemas como para ser abordado de manera frontal y desde todos sus puntos de vista (procedimiento, competencia, relación con otras fuentes, control jurisdiccional, etc.).

²³ M. SÁNCHEZ MORÓN, «Clases de personal», en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público* (Dir. M. SÁNCHEZ MORÓN), Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 89.

²⁴ Según MAURI, «el procedimiento convencional que se desarrolla en la mesa de negociación es el procedimiento específico para la elaboración de un tipo concreto de disposición general que el ordenamiento jurídico define como acuerdo de condiciones de trabajo de los funcionarios. En consecuencia, el procedimiento convencional es el procedimiento de elaboración de un tipo reglamentario que no deberíamos confundir con el reglamento mismo, aunque mantenga con él una relación de género y especie». J. MAURI, «Naturaleza y función de la negociación colectiva en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos», en *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 41/2005, pág. 187.

Sea como fuere, el mantenimiento de la ulterior aprobación expresa y formal por el órgano de gobierno de lo acordado en la mesa de negociación permite continuar polemizando sobre si estamos ante un ejercicio negociado y peculiar de la potestad reglamentaria de los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas o ante esas nuevas y originales fuentes del Derecho Administrativo.

3. *Eficacia de la negociación colectiva funcional y de los Pactos y Acuerdos*

Independientemente de su naturaleza jurídica, de lo que sí se ha preocupado el EBEP es de anudar unos *efectos jurídicos* concretos a la negociación colectiva y a los Pactos y Acuerdos.

Recordemos, en primer lugar, la eficacia normativa de Pactos y Acuerdos. Los Pactos «se aplicarán directamente al personal del ámbito correspondiente» (art. 38.2 *in fine*). En el caso de los Acuerdos hay que distinguir dos posibilidades. La primera es que si afectan a temas que pueden ser decididos de forma definitiva por los órganos de gobierno, el contenido de los mismos será directamente aplicable al personal incluido en su ámbito de aplicación, sin perjuicio de que a efectos formales se requiera la modificación o derogación, en su caso, de la normativa reglamentaria correspondiente. Por lo que los Acuerdos ni modifican ni derogan reglamentos, pero si éstos son contrarios a aquéllos deberán ser inaplicados, sin perjuicio de que, en aras del principio de seguridad jurídica, la Administración quede obligada a la modificación o derogación formal del reglamento en cuestión. La segunda posibilidad es que los Acuerdos versen sobre materias sometidas a reserva de ley, en cuyo caso el órgano de gobierno con potestad ejecutiva de iniciativa legislativa deberá elaborar, aprobar y remitir a las Cortes o a la Asamblea Legislativa, según se trate, el correspondiente Proyecto de Ley «conforme al contenido del Acuerdo y en el plazo que se hubiera acordado» (art. 38.3, párrafo segundo).

En segundo lugar, para el caso de que el órgano de gobierno no aprobara el pre-Acuerdo concertado en la mesa de negociación o se negara expresamente a incorporar lo acordado en el Proyecto de Ley correspondiente, «se deberá iniciar la renegociación de las materias tratadas en el plazo de un mes, si así lo solicitara al menos la mayoría de una de las partes» (art. 38.3, párrafo tercero).

En tercer lugar, el EBEP proclama solemnemente la vinculatoriedad de los Pactos y Acuerdos, en particular para la Administración, cuyos órganos de gobierno sólo podrán suspenderlos o modificarlos «excepcionalmente y por causa graves de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas» y «en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público» (art. 38.10). Vigente un Pacto o Acuerdo, la Administración no podría ejercer su potestad reglamentaria unilateral para aprobar una norma contraria a aquéllos, salvo que concurriesen las

citadas circunstancias de excepcionalidad, causa grave de interés público y proporcionalidad de la norma unilateral. En cuarto lugar y último lugar, se prevé la prórroga automática de Pactos y Acuerdos, de año en año, si no media denuncia expresa de una de las partes.

En cualquier caso, la cualificación que la negociación colectiva funcional —en cuanto institución administrativa— adquiere en el EBEP, ya sea como procedimiento de elaboración, ya como fuente de producción, de instrumentos reguladores de las condiciones de empleo de los funcionarios públicos, bien merecería una singularización propia y una diferenciación neta respecto al derecho individual de ejercicio colectivo que formalmente la ampara. Una cosa es el reconocimiento de un derecho funcional a negociar colectivamente la condiciones de empleo y otra muy distinta es la regulación tanto de un procedimiento administrativo especial como de los instrumentos jurídico-públicos en que ese procedimiento desemboca. Otra consecuencia que se deriva de la regulación de la negociación colectiva funcional es la definitiva sindicalización de la misma, en detrimento de otras posibilidades, como los órganos de representación (Juntas o Delegados de Personal) o agrupaciones subjetivas de funcionarios creadas por las Leyes de Función Pública. No le falta razón a PARADA cuando afirma que el sindicalismo funcional «tiene que ver mucho más con la gestión del empleo público que con los llamados derechos individuales de los funcionarios ejercitados en forma colectiva», hablando en última instancia de «gestión sindical»²⁵.

4. *El carácter básico de la negociación colectiva funcional*

Un último aspecto merece señalarse en relación con la regulación que el EBEP hace de la negociación colectiva funcional. Y es el grado de detalle con que aquél determina prácticamente todos los elementos de la negociación colectiva. Grado de detalle que deviene exhaustivo en el caso de la representación y participación institucional de los funcionarios. En estos casos (negociación colectiva, representación y participación institucional) el Estatuto Básico es muy poco «básico». Pero a este respecto es preciso recordar que la regulación que hace el EBEP de la negociación colectiva no se ampara en la habilitación competencial de exclusividad sobre la legislación laboral (art. 149.1.7.^a CE), sino sobre la que ostenta sobre la legislación básica del régimen estatutario de los funcionarios (art. 149.1.18.^a CE). Y al ser la negociación colectiva funcional una institución administrativa y no laboral, su normativa debería igualmente limitarse a lo básico.

Sin embargo, no es éste el caso. De una simple lectura de la mencionada regulación se observa la nula remisión en este Capítulo a las Leyes autonómicas en los eventuales elementos en los que el EBEP permitiese una configuración autonómica propia de la negociación colectiva funcional. Pero

²⁵ R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho del empleo público*, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 105 y 110.

la legislación del Estatuto es, en este apartado, exhaustiva y agotadora en todos sus puntos (estructura negocial, ámbito objetivo y subjetivo, eficacia de la negociación). En especial, resulta sorprendente que las anteriores Mesas Sectoriales no puedan ser ahora creadas o previstas por la legislación autonómica de Función Pública, sino que el EBEP reserva a la negociación colectiva su implantación, pues cada Mesa Sectorial deberá ser creada en el seno de las Mesas Generales de Negociación. Se trata, en efecto, de una «reserva de negociación colectiva» indisponible por el legislador autonómico al venir prevista en la legislación básica.

La explicación de este alto grado de concreción y uniformidad del régimen de la negociación colectiva —según SÁNCHEZ MORÓN— radicaría, por un lado, en que «están aquí en juego derechos constitucionales de naturaleza sindical que las propias organizaciones representativas de los empleados consideran de inexcusable regulación por el Estado, con aplicación uniforme en todo el territorio nacional» y, por otro, en que «en términos sustantivos, se trata de la traslación de una pieza esencial de la legislación laboral (competencia exclusiva del Estado), con los matices correspondientes, al ámbito del Derecho de la función pública»²⁶.

Sin embargo, el carácter exhaustivo y agotador de la regulación básica (obsérvese la contradicción interna) de la negociación colectiva funcional resulta paradójico incluso desde los mismos postulados inspiradores del propio EBEP. En efecto, la configuración de la negociación colectiva es directamente tributaria de la estructura objetiva de la Función Pública, pues las conocidas como unidades de negociación dependerían en gran medida de las agrupaciones objetivas o subjetivas (de puestos y de funcionarios) en que se estructure cada modelo autonómico de Función Pública y, en última instancia, estarían condicionadas por la organización administrativa propia de cada Administración Pública. De ahí que si el EBEP ha querido reducir los aspectos básicos de la Función Pública vinculados a la organización administrativa para dejar más margen de autonomía legítima a las Comunidades Autónomas, sorprende que ese margen no se extienda a la organización administrativa de la negociación colectiva funcional.

Por lo demás, si la explicación de la uniformidad de la regulación es su entronque con derechos constitucionales de naturaleza sindical o, peor aún, la importación de los convenios colectivos laborales a la Función Pública, habría que tener muy en cuenta que la negociación colectiva funcional constitucionalmente no forma parte del contenido esencial del derecho sindical (si así lo fuera, para empezar, sería necesaria su regulación por ley orgánica), sino que es un derecho accesorio y contingente²⁷ de configuración

²⁶ M. SÁNCHEZ MORÓN, «La reforma del empleo público en el actual Estado de las Autonomías: propuestas de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público sobre el alcance de la legislación básica y la cooperación entre Administraciones», en *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 41/2005, pág. 24.

²⁷ De «contenido adicional» habla la jurisprudencia constitucional: SSTC 9/1988, de 25 de enero; 127/1989, de 13 de julio. *Vid.* A. BENGOTXEA ALKORTA, *Negociación colectiva y autonomía colectiva en la Función Pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 71-73.

legal que forma parte del «estatuto de los funcionarios públicos» (art. 103.3 CE) y, en su vertiente competencial, depende del artículo 149.1.18.^a, donde el Estado no ostenta más que la legislación básica. La negociación colectiva funcionarial y los instrumentos normativos en que desemboca son instituciones jurídico-públicas del Derecho de la Función Pública, por lo que las alusiones a la legislación laboral en este punto no hacen sino sembrar la confusión sobre su naturaleza jurídica.

V. ESTATUTO BÁSICO Y CLASES DE PERSONAL

Ya hemos indicado que la expresión «empleados públicos» no hace referencia a una clase o categoría de personal concreta, sino que es un concepto formal de conveniencia que engloba, en abstracto, a «quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales» (art. 8.1 EBEP). Posteriormente, sí, el EBEP clasifica a los empleados públicos en funcionarios de carrera, en funcionarios interinos, en personal laboral y en personal eventual. Del elenco se ha caído otra de las grandes innovaciones del EBEP, el personal directivo, si bien pervive un Subtítulo específico para el «personal directivo», figura o función que ha salido malparada en la tramitación parlamentaria.

Consolidando, así, de forma definitiva la coexistencia de personal funcionario y personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, merece la pena destacar algunos aspectos importantes relativos a ambas categorías, así como la final regulación de los directivos públicos.

1. *Hacia una concepción sustantiva de los funcionarios*

Con cierta inercia histórica, el funcionario se sigue denominando de forma identificativa como «de carrera», aunque ésta se predique posteriormente por igual de todos los empleados públicos. La definición formal de los funcionarios de carrera (art. 9.1 EBEP) apela al nombramiento legal, a la naturaleza estatutaria del vínculo que les une a las Administraciones Públicas (por tanto, relación regulada por el Derecho Administrativo) y al desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente.

Pero la novedad más relevante es la definición sustantiva de los funcionarios o, al menos, de una parte de ellos. En efecto, de forma reduccionista, pues no se aplica a todos los funcionarios, el Estatuto Básico del Empleado Público caracteriza sustantivamente unas funciones que necesariamente deben ser desempeñadas por funcionarios: «*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*» (art. 9.2 EBEP). Obsérvese que el funcionario no se limita a esas funciones, aunque el Estatuto sí que posibilita que dicha reserva sea tanto de las funciones a los funcionarios como de los funcionarios a tales funcio-

nes, pues en ningún otro lugar del Estatuto se realiza una operación semejante para el personal laboral. Es decir, el Estatuto sí ha querido identificar aquellas funciones que necesariamente deben ser atribuidas a puestos ocupados por funcionarios, pero no ha intentado siquiera extraer la consecuencia de la opción constitucional por la regla general del funcionariado frente a la excepción particular del laboral, cosa que probablemente sí debería haber abordado pues no en vano tal delimitación sí tiene un carácter estructural propio de regulación por legislación básica. Esta tarea, por tanto, queda remitida al «legislador de desarrollo» del Estatuto (Estado o Comunidades Autónomas, según su ámbito propio), quien sí tendrá que delimitar para qué está cada categoría de personal, sobre la base de la regulación constitucional y de la STC 99/1987. No sería teóricamente posible que el legislador estatal o autonómico constriñese el concepto de funcionario a esas funciones explícitamente reservadas por el Estatuto Básico a los funcionarios de carrera, aunque el propio Estatuto Básico da ya una de arena al definir —en su Disposición Adicional Segunda²⁸— las funciones públicas en las Corporaciones Locales de manera más restrictiva que el criterio general recogido

²⁸ «Son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente a funcionarios, 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». Obsérvese que ha desaparecido de esta versión el inciso final de su precedente, el ahora derogado artículo 92.2 de la LRBRL, que se refería también a «aquellas funciones 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». Precisamente esta cláusula articulaba la opción preferencial por el personal funcionario. Así lo entendió la STC 37/2002, de 14 de febrero, al señalar que aunque el artículo 92.2 LRBRL no especificaba las funciones que debían ser desempeñadas por personal funcionario, sí recogía los principios que debían inspirar, en su desarrollo, la concreción de las funciones que debían ser desempeñadas por funcionarios públicos: objetividad, imparcialidad e independencia. *Sensu contrario*, sólo aquellos puestos que no requiriesen el respeto de esos principios podían ser provistos por personal contratado, tras la debida motivación exigida a toda excepción a una regla general. En suma, el personal contratado no podía ocupar aquellos puestos de trabajo que implicasen el ejercicio de funciones cuyo desempeño requiriese objetividad, imparcialidad e independencia. *Vid.*, al respecto, STS 19 octubre 2005, que, en aplicación de esta doctrina, terminó por concluir, en primer lugar, que aquellos puestos de trabajo cuyas funciones o cometidos exterioricen una actividad de la Administración que tenga una directa trascendencia para la situación jurídica de otros sujetos de derecho (ajenos o no a su organización) y en la que por ello sean relevantes esas notas de objetividad, imparcialidad e independencia, habrán de ser necesariamente encomendados a personal funcional. En segundo lugar, el Tribunal Supremo señala que corresponde a la Administración la carga de demostrar que en las funciones de un determinado puesto resultan indiferentes esas notas de objetividad, imparcialidad e independencia. Y en tercer y último lugar, como consecuencia de todo lo anterior, la validez de los puestos de trabajo laborales estará condicionada inexcusablemente a que, en el acto que los haya creado con ese expreso carácter contractual y no estatutario, esté bien visible y justificado que los cometidos y funciones profesionales asignados a los titulares de tales puestos, por sus especiales características, hacen indiferente esos principios o criterios. Tras el EBEP, este inciso final que recogía esos principios generales de objetividad, imparcialidad e independencia de las funciones públicas ha desaparecido formalmente de la legislación básica de régimen local, haciendo difícil conciliar la opción constitucional por el régimen funcional con la normativa de Función Pública Local.

en el artículo 9.2, posibilitando esa dinámica hermenéutica perversa de reducir lo funcional a las funciones públicas.

Aparentemente, la innovación es loable, si bien plantea dudas tanto en su articulación como en los principios que la sustentan. De entrada, la formulación literal supone un trasplante de la regulación de la excepción a la condición de nacionalidad para el acceso a puestos de trabajo en las Administraciones Públicas, impuesta por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el marco de la libre circulación de trabajadores²⁹. La identificación de lo que sea «participación directa o indirecta», «ejercicio de potestades públicas» o «salvaguarda de los intereses generales» es harto compleja, como se ha revelado ya en el ámbito del acceso³⁰. Por otra parte, habría que preguntarse qué es lo que hace a un funcionario más apto que un contratado laboral para ejercer esas funciones. No será su mayor mérito y capacidad, pues éstos también rigen la contratación del personal laboral. Tampoco su imparcialidad, independencia y lealtad al Estado y a las Administraciones Públicas, pues aquéllas se articulan a través del régimen de incompatibilidades, aplicable por igual a funcionarios y contratados laborales³¹. En última instancia, la señal distintiva y diferenciadora de los funcionarios públicos es la vinculación permanente, pero en este contexto esta nota se difumina por la existencia de contratados laborales fijos y por el hecho de que tampoco son permanentes los titulares de órganos administrativos que más directamente ejercen potestades públicas y cuya actuación afecta directamente a la salvaguarda del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales.

La funcionalidad, pues, de la cláusula se limitaría a un principio informador de la separación organizativa de funcionarios y laborales en las Administraciones Públicas, si bien los conceptos jurídicos son tan indeterminados que el desarrollo legislativo y, más aún, la concreción aplicativa producirán resultados sumamente dispares entre Administraciones. No obstante, sorprende que la única manifestación en el EBEP de la opción preferencial constitucional por el régimen funcional en el empleo público —tal y como recoge la Exposición de Motivos— sea esta reserva de funciones públicas a los funcionarios.

2. *La relación laboral de empleo público*

Ya hemos indicado anteriormente cómo el EBEP, además de la legislación básica del régimen estatutario de los funcionarios públicos (*ex art. 149.1.18.^a CE*), también ha incluido en su texto la legislación laboral para

²⁹ J. GUILLÉN y J. FUENTETAJA, «El acceso de los ciudadanos comunitarios a los puestos de trabajo en las Administraciones Públicas de los Estados miembros», en núm. 146 de esta REVISTA, 1998, págs. 467-500.

³⁰ Artículo 57 EBEP.

³¹ Artículo 2.2 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

los contratados laborales al servicio de las Administraciones Públicas (*ex art. 149.1.7.ª CE*). El EBEP define a este personal laboral de empleo público como «el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas» (art. 11.1).

Se codifican, así, legislativamente las peculiares modulaciones que la legislación (acceso, incompatibilidades, etc.) y la jurisprudencia habían realizado sobre la normativa laboral, ante la imposibilidad de aplicarla tal cual a las relaciones de empleo en las Administraciones Públicas. La doctrina había ya destacado la problemática configuración de esas modulaciones vía jurisprudencial, especialmente en materia de contratación temporal irregular, donde éstas no podían convertir a los trabajadores en fijos de plantilla o los despidos declarados nulos o improcedentes no podían desembocar en la reincorporación del trabajador con la condición de fijo de plantilla³², alumbrando la distinción entre trabajadores fijos de plantilla y contratos indefinidos³³. Todas estas modulaciones —según CANTERO— «estaban motivando la aparición de una relación de trabajo especial *paraestatutaria* para el personal laboral de la Administración, un nuevo régimen jurídico mixto para sus trabajadores, a caballo entre las normas administrativas y las normas laborales, que no tenía ninguna expresa previsión normativa y que se caracterizaba por el sometimiento del trabajador de la Administración al Derecho Laboral y, en buena parte, también al Derecho Público»³⁴.

Tres van a ser los aspectos más importantes de esta normativa reguladora de la relación laboral de empleo público³⁵: su normativa aplicable, las modalidades de contratación laboral según su duración y la siempre

³² Vid. S. DEL SAZ, *Contrato laboral y Función Pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 67-97.

³³ Sentencias de la Sala Social del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1996, 11 de noviembre de 1998, 27 de mayo de 2002, 2 de junio de 2003 y 26 de junio de 2003, entre otras muchas.

³⁴ J. CANTERO MARTÍNEZ, «Funcionarios y laborales en las Administraciones Públicas», conferencia pronunciada en Santander, el 6 de agosto de 2007, en el marco del Encuentro *La reforma de la Función Pública: valoración y perspectivas* (Dirs. M. BACIGALUPO y J. FUENTETAJA), del programa de Cursos de Verano de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, pág. 8.

³⁵ Sobre si este conjunto normativo laboral incluido en el EBEP configura una relación laboral especial, ciertamente, aquél sólo habla de las «especificidades» que la jurisprudencia habría destacado en la relación laboral de empleo pública, las cuales, a su vez, habrían obligado al legislador —al amparo del art. 149.1.7.ª CE— a recoger esas «peculiaridades» aprobando las normas que regulan la «relación laboral de empleo público». Ello contrasta con la propuesta explícita del Informe de la Comisión y con un sector doctrinal laboralista bien representado en la misma [T. SALA FRANCO, «El personal laboral. La relación laboral especial de empleo público», en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público* (Dir. M. SÁNCHEZ MORÓN), Lex Nova, Valladolid, 2007]. En contra de esta caracterización, M. GODINO REYES, *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 279-286, quien se fundamenta en el hecho de que la presencia de la Administración en la relación produce un desequilibrio en el sistema de fuentes laboral.

polémica delimitación del ámbito laboral en el empleo público. En primer lugar, el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, primero, por las disposiciones especiales previstas en el EBEP (que pueden ser bien específicas para el personal laboral³⁶, bien comunes para laborales y funcionarios al amparo de la expresión «empleados públicos») y, después, «por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables» (art. 7 EBEP). Sorprende que el EBEP no haya especificado la virtualidad del convenio colectivo en el caso de sus normas reguladoras de esta relación laboral de empleo público, pues en virtud del principio de norma más favorable para el trabajador laboral, aquella legislación laboral del EBEP podría verse superada en cada instrumento convencional, si bien habrá que entender que esta legislación laboral del EBEP constituye disposiciones legales de Derecho necesario. De lo contrario, vía convenios colectivos, la normativa aplicable al personal laboral, originariamente común con los funcionarios, puede experimentar un proceso de singularización y regulación colectiva propia que abocaría a una desigualdad estructural de tratamiento normativo que precisamente el EBEP quiere evitar. No obstante, se prevé alguna remisión en el EBEP que sí permitiría la creación de normas propias para los contratados laborales, como la prevista en materia disciplinaria en un aspecto tan importante como la tipificación de faltas y sanciones graves o muy graves [arts. 94.2.a) y 95 EBEP].

En segundo lugar, el EBEP establece tres posibilidades de duración del contrato: fijos, por tiempo indefinido y temporales. No aborda, en cambio, el mencionado aspecto de la contratación temporal irregular, lo que SALA critica pues supone abandonar la cuestión a la interpretación y aplicación jurisprudencial³⁷.

Y en tercer y último lugar, la delimitación del personal laboral en el seno de las Administraciones Públicas. Siguiendo con la práctica de la regulación anterior, la legislación básica que es el EBEP no fija esa delimitación, remitiéndose a las Leyes de Función de Pública del Estado y de las Comunidades Autónomas. Sólo se recuerda la limitación de la novedad introducida por la cláusula de reserva funcional de las funciones que supongan participación, directa o indirecta, en el ejercicio de potestades públicas y en la salvaguarda de los intereses generales del Estado o de las Administraciones Públicas. Ningún rastro adicional de la preferencia constitucional por el régimen funcional frente al laboral, no obstante lo cual aquellas Leyes de Función Pública del Estado y de las Comunidades Autónomas sí tendrán que observar esta opción constitucional, que jugaría a modo de garantía institucional del régimen funcional frente a una eventual opción labora-

³⁶ V.gr., negociación colectiva (art. 32); jornada de trabajo, permisos y vacaciones (art. 51); retribuciones (art. 27); sistemas selectivos (art. 61.7); clasificación del personal laboral (art. 77); provisión de puestos y movilidad (art. 83); situaciones (art. 92).

³⁷ T. SALA FRANCO, «El personal laboral. La relación laboral especial de empleo público», en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público* (Dir: M. SÁNCHEZ MORÓN), Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 122.

lizadora más extensiva³⁸. Finalmente, una gran vía de agua por la que se ha escapado la delimitación funcionarios-laborales han sido los organismos reguladores, a los que la Disposición Adicional Quinta vuelve a privilegiar singularizadamente según su ley de creación, que podrá establecer una delimitación propia. Resulta, en definitiva, criticable la indiferencia de opción del legislador básico al configurar el modelo.

3. *El personal directivo*

Una de las pretendidas innovaciones trascendentales del EBEP es la regulación del personal directivo, que se concibe como «factor decisivo de modernización administrativa» en la medida en que «su gestión profesional se somete a criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad y control de resultados en función de los objetivos» (Exposición de Motivos). Estas intenciones reformadoras, ya propugnadas por el Informe de la Comisión, quedaron rebajadas, en un primer momento, por el Proyecto de Ley, que caracterizó a este personal como optativo dentro de la legislación básica, y, finalmente, por la tramitación parlamentaria, que no sólo eliminó la reserva de ley sobre él³⁹, sino que también lo dejó de clasificar como una clase de personal específica.

En suma, de lo poco que ha quedado en el EBEP se pueden destacar los siguientes trazos. En primer lugar, los «directivos» ejercen «funciones directivas profesionales» (que deberán ser definidas como tales por cada Administración). En segundo lugar, los puestos directivos pueden ser ocupados tanto por funcionarios como por laborales (salvo aquellas funciones directivas que impliquen el ejercicio de funciones públicas o que afecten a la salvaguarda de los intereses generales del Estado y Administraciones Públicas, en cuyo caso sólo podrán ser ocupadas por funcionarios). En tercer lugar, si el personal directivo es un contratado laboral, éste se someterá en-

³⁸ Recordemos, una vez más, la STC 99/1987, de 11 de junio: «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».

³⁹ La deslegalización en el trámite parlamentario de la regulación del personal directivo ha sido muy criticada por SÁNCHEZ MORÓN, quien destaca los problemas que ello puede plantear: «la regulación de un régimen específico para el personal directivo precisará introducir con toda probabilidad excepciones, modulaciones o modificaciones en relación con las normas legales aplicables a otro tipo de personal funcionario o laboral no directivo y no sólo en los concretos aspectos a que se refiere el artículo 13 del EBEP. Así, por ejemplo, en materia de retribuciones y algunos otros derechos, en materia de deberes, de situaciones administrativas, etc.». Y cita, en especial y en el ámbito del Estado, las previsiones de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. M. SÁNCHEZ MORÓN, «Clases de personal», en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público* (Dir. M. SÁNCHEZ MORÓN), Lex Nova, Valladolid, 2007, págs. 106-107.

tonces a la relación laboral de carácter especial de alta dirección; en el caso de los funcionarios, éstos podrán ocupar los puestos directivos conforme al sistema general de provisión, aunque lo normal será que se trate de puestos de libre designación; por lo demás, la referencia a «funciones directivas profesionales» parece indicar que se pretende excluir al personal eventual, si bien este extremo no se especifica.

En cuarto lugar y en lo relativo a los requisitos para ser directivo, se mencionan principios para su designación (mérito y capacidad), así como criterios (idoneidad) y un procedimiento que garantice la publicidad y concurrencia. En quinto lugar, este personal estará sujeto a evaluación con arreglo a criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados. En sexto lugar, el EBEP deja fuera de la negociación colectiva las condiciones de empleo del personal directivo. Y en último lugar, la Disposición Final Tercera del EBEP ha modificado la Ley 30/1984, de incompatibilidades, para impedir que se autorice o reconozca compatibilidad alguna al personal directivo.

Hasta aquí el EBEP. Lo básico es, ciertamente, escueto, pretiriendo aspectos tan importantes como su cese⁴⁰. Más aún, las incoherencias que presenta la regulación del personal directivo (de clase de personal a funciones directivas; de la reserva de ley a la regulación por reglamento; lo optativo frente a lo indisponible) responden en gran medida a la inercia histórica de la patrimonialización política de la Alta Función Pública en nuestro país⁴¹.

VI. ESTATUTO BÁSICO Y CARRERA

La carrera es una realidad particular en el seno de la Función Pública de contornos imprecisos y de contenidos variables. No obstante, se ha erigido en un lugar común imprescindible para políticos y administradores, ineludible en cualquier modelo de Función Pública. Nadie, en su sano juicio, negaría la existencia de carrera administrativa en una reforma por él propugnada. Cuestión muy diferente es el alcance y eficacia de la carrera que la legislación establezca.

Más aún, la carrera administrativa es la institución vertebradora de un sistema de Función Pública. De ella dependen tanto su estructura objetiva como los derechos en que se articula, con trascendencia funcional (provisión de puestos) y económica (retribuciones). Tradicionalmente, de la regulación y configuración estructural de la Función Pública dimanaban concretos derechos de ascenso cuando se producían vacantes en las categorías superiores, hasta el punto de erigir la carrera en un criterio estructural definidor del funcionario, en virtud de la cual se procedía a su inserción en una estructura objetiva o subjetiva que le posibilitaba una progresión consolida-

⁴⁰ R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho del empleo público...*, op. cit., pág. 68.

⁴¹ R. JIMÉNEZ ASENSIO, *Directivos públicos*, IVAP, Oñati, 2006.

da. Por ello, un funcionario no es sólo un empleado al servicio de la Administración. Su relación con ésta se articula a través de una serie de vinculaciones organizativas que sitúan, «posicionan» u ordenan al funcionario según las mismas y lo insertan, estática y dinámicamente, tanto en la Administración como en la Función Pública. En definitiva, todos los elementos estructurales ordenadores de la Función Pública (cuerpo, grupo, puesto, grado, etc.) incluían la potencialidad del desarrollo profesional del funcionario público.

De esta dimensión institucional de la carrera, el EBEP ha pasado a una completa subjetivización de la misma al considerarla un derecho individual de los empleados públicos. Resulta, pues, necesario analizar tanto la estructuración del empleo público en el EBEP como la regulación específica que hace de la carrera, singularizando en ella otra de las grandes invenciones del EBEP: la evaluación del desempeño.

1. Estructuración del empleo público

En el capítulo dedicado a la estructuración del empleo público es donde más claramente se observa el alcance de la reducción de la intensidad de la legislación básica. Y es lógico, si se parte de la premisa de que los elementos de la Función Pública más conectados con la organización administrativa deberán ser definidos por cada Administración en el ejercicio de su potestad de autoorganización. Salvo en lo relativo a los grupos de clasificación profesional, el EBEP apenas dice nada sobre la estructuración objetiva o subjetiva del empleo público, permitiendo que las Leyes de Función Pública configuren sus modelos propios basándose en elementos objetivos (puestos de trabajo), subjetivos (funcionarios) o en ambos.

Desde una perspectiva objetiva, el EBEP continúa utilizando el concepto de puesto de trabajo, defragmentado en las «funciones, tareas o responsabilidades» (ex art. 73.2 EBEP) que le dotan de contenido. Esta perspectiva funcional del puesto de trabajo está presente por doquier en el Estatuto (v.gr., reserva de puestos a los funcionarios; condición de nacionalidad), soslayando razones organizativas. Además, los puestos de trabajo podrán ser objeto de agrupación y de ordenación. La *agrupación de puestos de trabajo* se hará en función de las características de aquéllos con la finalidad de organizar la selección, la formación y la movilidad (art. 73.3 EBEP). La *ordenación de los puestos de trabajo*, por su parte, se llevará a cabo mediante los correspondientes instrumentos organizativos (por ejemplo, las actuales relaciones de puestos de trabajo), que como mínimo comprenderán: la denominación de los puestos; los grupos de clasificación profesional; las agrupaciones funcionariales a que estén adscritos, en su caso; los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias.

Ya desde una perspectiva subjetiva, de las disposiciones del EBEP se pueden extraer consecuencias relativas a una posible *estructuración subjetiva* tanto individual como colectiva. Así, el artículo 73.2 reconoce que los

funcionarios ostentarán una «clasificación, grado o categoría»⁴² y articula —como veremos— la carrera horizontal del funcionario. Colectivamente, en cambio, los funcionarios se podrán agrupar en cuerpos, escalas, especialidades u otros sistemas que incorporen competencias, capacidades y conocimientos comunes acreditados a través de un proceso selectivo (art. 75.1 EBEP). En cualquier caso, estas *agrupaciones funcionariales* se deberán crear siempre por Ley (art. 75.2 EBEP).

Finalmente, las agrupaciones funcionariales se clasifican en Grupos, según la titulación exigida para el acceso a aquéllas. Esta clasificación profesional se ha coordinado con la reciente reforma educativa. En principio, son tres los Grupos (A - título de Grado, B - título de Técnico Superior y C), subdividiéndose el primero y el último en dos: en el caso del Grupo C, Subgrupo C1 (Título de Bachiller o Técnico) y Subgrupo C2 (Título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria). Para las subdivisiones del Grupo A no se especifica la titulación de acceso, debiendo la Ley que crea cada agrupación funcional proceder a la clasificación de la misma en los Subgrupos A1 o A2 «en función del nivel de responsabilidad de las funciones a desempeñar y de las características de las pruebas de acceso» (art. 76, cuarto párrafo, EBEP).

GRUPOS CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

Grupo	Subgrupo	Título	Equivalencia
A	A1 A2	Grado	A B
B		Técnico Superior	
C	C1 C2	Bachiller-Técnico Graduado Educ. Sec. Obligatoria	C D
Agrupaciones sin titulación ⁴³			E

⁴² Elemento subjetivo individual que se erige en límite infranqueable para asignar funciones, tareas o responsabilidades distintas a las correspondientes al puesto de trabajo que desempeñen: artículo 73.2 EBEP.

⁴³ Disposición Adicional Séptima. Otras agrupaciones profesionales sin requisito de titulación: «1. Además de los Grupos clasificatorios establecidos en el artículo 76 del presente Estatuto, las Administraciones Públicas podrán establecer otras agrupaciones diferentes de las enunciadas anteriormente, para cuyo acceso no se exija estar en posesión de ninguna de las titulaciones previstas en el sistema educativo. 2. Los funcionarios que pertenezcan a estas agrupaciones cuando reúnan la titulación exigida podrán promocionar de acuerdo con lo establecido en el artículo 18 de este Estatuto».

2. *La carrera como derecho*

Como se indicó anteriormente, el Estatuto Básico realiza una completa subjetivización de la carrera administrativa al vincular a ésta no tanto a la estructura de la Función Pública como al estatuto subjetivo del funcionario. Es decir, la carrera como un derecho individual. Quizás no había otra posibilidad en esta Ley básica, una vez que ésta renunció a cualquier regulación consistente de la estructura objetiva de la Función Pública.

Si la carrera es un derecho individual del funcionario, se trata, en cualquier caso, de un derecho de configuración legal, de forma que su alcance y efectividad dependerán de la concreta regulación normativa que en cada momento se establezca. Este derecho informará tanto la legislación como la gestión de Función Pública, aunque difícilmente podrá cuestionar aquélla. Y es que la definición que hace de la carrera profesional del funcionario no puede ser más abstracta: «conjunto ordenado de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad» (art. 16.2 EBEP). Obsérvese que, ya en su definición, el derecho ha quedado rebajado al nivel de «oportunidades» y «expectativas».

Sea como fuere, el EBEP presenta cuatro modalidades de carrera profesional, según se trate de carrera en sentido estricto o de promoción, pudiendo verificarse ambas horizontal o verticalmente. Antes de exponer estas modalidades, es preciso recordar que se trata de una regulación básica dispositiva (valga la contradicción en los términos), de la que podrán valerse las Leyes de Función Pública estatal y autonómicas. Más aún, el elenco ni siquiera es cerrado («entre otras», dice literalmente el art. 16.3 EBEP), por lo que la coherencia interna que el mismo presentaba originariamente ha quedado difuminada al permitir que se puedan organizar o idear otras modalidades.

La primera y más original de las modalidades es la *carrera horizontal*. Para organizar esta modalidad, el EBEP distingue dos aspectos esenciales: un elemento estructural subjetivo y una progresión basada en la valoración de méritos del funcionario. El elemento estructural subjetivo es la base de la carrera horizontal, porque ésta se desliga por completo del puesto de trabajo que se desempeña, el cual no cambia en esta modalidad. Como se mencionó en el capítulo relativo a la estructura del empleo público, el EBEP ya atisbaba la posibilidad de estructurar a los funcionarios conforme a este tipo de elementos (se citaban entonces la clasificación, la categoría o el grado). Es ahora cuando el EBEP extrae todas las consecuencias de este tipo de elementos subjetivos estructurales⁴⁴ para organizar no sólo la carrera horizontal, sino cualquier carrera⁴⁵. Para ello, el EBEP prevé la articulación

⁴⁴ Aunque nada indica que haya conexión entre los artículos 16 y 17 (carrera horizontal) y el artículo 73.2 del EBEP.

⁴⁵ Significativamente, el EBEP, en su Disposición Adicional Décima, establece que «la carrera profesional de los funcionarios de carrera se iniciará en el grado, nivel, categoría, escalón y otros conceptos análogos correspondientes a la plaza inicialmente asignada al

de un sistema de elementos subjetivos (grados, categorías, escalones, etc.) que, por un lado, sustenten ascensos consecutivos y, por otro, tengan asignadas unas remuneraciones determinadas. Se constituye así un conjunto de elementos subjetivos, ordenados o jerarquizados de menor a mayor, donde el funcionario progresa sin cambiar de puesto de trabajo. Tan importante es este último extremo (el funcionario progresa subjetivamente pero no objetivamente, al no cambiar de puesto de trabajo) como el carácter retributivo del elemento subjetivo. Éste, en efecto y en última instancia, reduciría su virtualidad a las remuneraciones que cada grado, categoría o escalón tiene asignadas. La progresión es, pues, en las remuneraciones a través de aquellos elementos. Progresión retributiva, como en los trienios. Pero ni hay ascenso ni progreso profesional, las dos concreciones que el propio EBEP hace del concepto de carrera.

Pero en la carrera horizontal, además de la progresión en esos elementos subjetivos, también es fundamental establecer los criterios para que se produzca dicha progresión. A tal fin, el Proyecto de Ley vinculaba la carrera horizontal «al desarrollo de las competencias del puesto de trabajo y al rendimiento, evaluado y acreditado», pero este inciso ha desaparecido y la redacción final del EBEP señala que se deberá valorar la trayectoria y actuación profesional del funcionario, la calidad de sus trabajos, los conocimientos adquiridos, el resultado de las evaluaciones del desempeño de las que haya sido objeto y, por último y eventualmente, otros méritos y aptitudes por razón de la especificidad de la función desarrollada y la experiencia adquirida [arts. 17.b) y 20.2 EBEP]. Nótese que la mención de la «experiencia adquirida» es una velada o eufemística alusión a la antigüedad, que, como la jerarquía, han sido relegadas de manera ominosa.

Obsérvese la riqueza y complejidad de implantar esta modalidad de carrera, que va más allá de la nota derivada de producirse en el mismo puesto de trabajo, lo que ha merecido valoraciones diferentes según se vea como una desvirtuación del concepto de carrera⁴⁶ o como una evolución de la misma⁴⁷. En efecto, más allá del hecho de no cambiar de puesto de trabajo,

funcionario tras la superación del correspondiente proceso selectivo, que tendrán la consideración de mínimos. A partir de aquéllos, se producirán los ascensos que procedan según la modalidad de carrera aplicable en cada ámbito».

⁴⁶ PARADA ha sido sumamente crítico con esta modalidad, a la que no ha dudado en (des)calificar como «carrera de los inmóviles»: «Es fácil predecir en qué terminará esta supuesta carrera horizontal: en inventar una serie de grados, niveles o categorías que se adquirirán por permanecer en el mismo puesto de trabajo un determinado tiempo sin evaluación negativa en el desempeño, que será lo normal para el común de los funcionarios, y en vincular al reconocimiento de esos períodos de tiempo una retribución fija... Algo que en el empleo público español no tiene sentido porque ya se premia la antigüedad a través de los trienios, de forma que ascenso horizontal terminará siendo para el funcionario inmóvil, pero sin calificación negativa que será lo normal, unos nuevos trienios o duodenios o sesenios, según el tiempo mínimo de permanencia exigido para el ascenso». R. PARADA, *Derecho del empleo público...*, op. cit., pág. 71. Del mismo autor; y con una perspectiva más amplia, «La degeneración del modelo de Función Pública», en núm. 150 de esta REVISTA, 1999, págs. 413-452.

⁴⁷ M. FÉREZ FERNÁNDEZ, *La carrera administrativa: nuevas perspectivas*, Barcelona, 2006, pág. 57.

la carrera horizontal exigirá, de entrada, organizar todo un «sistema de grados, categorías o escalones de ascenso». Posteriormente, será necesario establecer un procedimiento para valorar los criterios a los que se vincula la progresión en aquel sistema: quién valora; cómo se valora; posible participación del interesado; eventuales recursos ante las decisiones discrecionales de carrera que se adopten.

La segunda modalidad de carrera profesional es la *carrera vertical*, «que consiste en el ascenso en la estructura de puestos de trabajo por los procedimientos de provisión» [art. 16.3.b) EBEP]. Dependerá de la estructuración del empleo público que estos ascensos en la estructura objetiva de puestos de trabajo tengan alguna repercusión en la estructura subjetiva (si es que ésta existe, más allá del sistema que está en la base de la anteriormente estudiada carrera horizontal). Obviamente, la carrera vertical se verifica en una estructura jerarquizada de puestos, aunque el EBEP prescinda en su articulado incluso de dicho término.

Como tercera y cuarta modalidad, el EBEP prevé la *promoción interna vertical* y la *promoción interna horizontal*. La primera consiste en el ascenso desde una agrupación funcional de un Subgrupo o Grupo de clasificación profesional a otro superior, mientras que la segunda supone el acceso a agrupaciones funcionariales del mismo Subgrupo profesional. A diferencia de la carrera horizontal o vertical (que se verifica siempre dentro del mismo Grupo o Subgrupo), la promoción interna vertical supone la progresión de Grupo o Subgrupo, que es la técnica que jerarquiza u ordena las agrupaciones funcionariales. La promoción interna se equipara, en gran medida, al acceso al empleo público, a cuyos principios rectores expresamente se remite, sumándolos a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y cuyos requisitos deberán ser igualmente cumplidos (art. 56 EBEP). La particularidad, no obstante, respecto al acceso radica, por un lado, en el requisito de tener una antigüedad de, al menos, dos años de servicio activo en el Grupo o Subgrupo inferior y, por otro, en la superación de las correspondientes pruebas selectivas (art. 18.2 EBEP), cuya constitucionalidad ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional⁴⁸.

El juicio de ARROYO YANES —uno de nuestros mayores especialistas en la carrera administrativa funcional— no puede ser más rotundo: «la ordenación de la carrera de los funcionarios públicos constituye uno de los capítulos peor regulados de cuantos son abordados por la ley 7/2007, de 12 de abril, hasta el extremo de perder aquí el rótulo denominador que legitima su promulgación, y ello por dos razones: porque la flexibilización vía modalidades, frente a los deseos de los redactores del Proyecto de ley de fijar un marco dispositivo cerrado, ha acabado por desembocar, en el desenlace de la tramitación parlamentaria, en pura libertad de elección para los distintos legisladores de desarrollo y, en segundo lugar, porque se echa muy en falta el establecimiento de un régimen de garantías jurídicas que, por ser consus-

⁴⁸ SSTC 31/2006, de 1 de febrero; 27/1991, de 14 de febrero; 151/1992, de 19 de octubre; 73/1998, de 31 de marzo.

tancial a la propia idea de carrera administrativa, de modo obligado debería de figurar en el denominado *estatuto básico*»⁴⁹.

3. *La evaluación del desempeño*

El último gran elemento innovador de la carrera —aunque, como se verá, la trascienda—, y probablemente el reto más arduo de implantar que plantee el EBEP, es la evaluación del desempeño. En un contexto general de lo que se ha dado en llamar la «cultura de la evaluación» en el sector público tanto de políticas y servicios públicos⁵⁰ como de determinados colectivos de funcionarios (v.gr., militares, profesorado universitario). Más aún, el propio EBEP recogería, al menos, tres procedimientos o técnicas donde la Administración deberá proceder; en la gestión de sus recursos humanos, a otras tantas actividades de evaluación o valoración de la conducta, desempeño o trabajo del funcionario. Además de la evaluación del desempeño, ya hemos mencionado la valoración que habría que efectuar en el seno de la carrera horizontal y, por su parte y en el ámbito de las retribuciones complementarias, uno de los factores que habrá que tener en cuenta al establecerlas será «el grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos» [art. 24.c) EBEP]⁵¹.

En lo que respecta estrictamente a la evaluación del desempeño, con carácter general, de la regulación básica que establece el artículo 20 del EBEP se deriva, en primer lugar, que la misma deberá ser implantada obligatoriamente por todas las Administraciones Públicas. Por tanto, y en segundo lugar, no hay una remisión a las Leyes de Función Pública que desarrollen el EBEP, por lo que la evaluación del desempeño podrá ser regulada reglamentariamente por las distintas Administraciones, sin perjuicio de que aquellas Leyes puedan desarrollar y determinar, en el marco del EBEP, la evaluación del desempeño en su ámbito competencial. Y, en tercer lugar, que la evaluación del desempeño tiene el ámbito subjetivo delimitado por el concepto formal «empleados públicos», por lo que afectará por igual a funcionarios y laborales.

Qué sea la «evaluación del desempeño» se puede aprehender por la definición que ofrece el propio EBEP: procedimiento mediante el cual se mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados.

⁴⁹ L. M. ARROYO YANES, «La carrera administrativa en el Estatuto Básico del Empleado Público», conferencia pronunciada en Santander, el 7 de agosto de 2007, en el marco del Encuentro *La reforma de la Función Pública: valoración y perspectivas* (Dir. M. BACIGALUPO y J. FUENTETAJA), del programa de Cursos de Verano de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo.

⁵⁰ Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios (Real Decreto 1418/2006, de 1 de diciembre).

⁵¹ De hecho y con carácter general, las retribuciones complementarias «son las que retribuyen las características de los puestos de trabajo, la carrera profesional o el desempeño, rendimiento o resultados alcanzados por el funcionario» (art. 22.3 EBEP).

Así pues, «evaluación» entendida como medición y valoración, mientras que el objeto de la misma —el «desempeño»— haría referencia tanto a la conducta profesional como al rendimiento o al logro de resultados.

A la hora de configurar sus respectivos sistemas de evaluación del desempeño, las Administraciones Públicas deberán tener en cuenta los siguientes principios o criterios: transparencia, objetividad, imparcialidad, igualdad y sin menoscabar los derechos de los empleados. Poco más dice el Estatuto Básico sobre el procedimiento de evaluación en sí, preocupándose mucho más —para dotar de credibilidad al mismo— de sus efectos. Y es que el EBEP anuda necesariamente efectos a la actividad de evaluación, por lo que se descarta que tenga una eficacia meramente indicativa. No obstante, no concreta qué efectos concretos tendrá esa evaluación, dejando esta previsión a la legislación de desarrollo del EBEP. Ahora bien, sí prevé una serie de ámbitos donde necesariamente la legislación de desarrollo deberá especificar qué efectos, positivos o negativos, produce la evaluación. En relación con los primeros, la evaluación del desempeño deberá repercutir positivamente en la carrera profesional horizontal, en la formación (v.gr., acceso a opciones formativas), en la provisión de puestos de trabajo (especialmente en el concurso) y en la percepción de retribuciones complementarias.

En cuanto a sus efectos negativos, el EBEP señala que «la continuidad en un puesto de trabajo obtenido por concurso quedará vinculada a la evaluación de acuerdo con los sistemas de evaluación que cada Administración Pública determine, dándose audiencia al interesado, y por la correspondiente resolución motivada». La disposición tiene una gran trascendencia por su incidencia en el derecho al cargo y, en la medida en que la resolución es lesiva para el funcionario, se prevén las garantías de audiencia al interesado y el requisito de la motivación de la resolución. No obstante y precisamente por su incidencia directa en el mencionado derecho al cargo, quizás habría sido conveniente remitir su regulación a las leyes de desarrollo. En cualquier caso, el desarrollo normativo de la evaluación del desempeño deberá prever aspectos tan importantes, en este punto, como el número de evaluaciones negativas y el período de tiempo en que se realicen para que se produzca la remoción del funcionario.

Otros aspectos generales que deberá acometer la normativa serán el órgano evaluador (el superior jerárquico u otro), la frecuencia de las evaluaciones (anuales, cada dos años, etc.), limitación de las posibilidades de evaluación para evitar que sean irreales o inflacionistas (v.gr., que se evalúe con la máxima puntuación o con la misma a todos los empleados de una unidad), mecanismos de garantía de la evaluación (refrendos, comités paritarios, etc.) y, por supuesto, procedimientos de impugnación propios que eviten aluviones de recursos administrativos y contenciosos.

La implantación de la evaluación del desempeño en nuestro empleo público será compleja y polémica tanto en su fase normativa como, especialmente, en su fase aplicativa. La cabal comprensión de la finalidad de este nuevo procedimiento será fundamental para que no se intente arreglar vía evaluación del desempeño lo que se debe afrontar vía régimen disciplinario.

La normativa de desarrollo deberá ser muy precisa y no dejar excesivo margen a la discrecionalidad, porque las consecuencias o efectos que se han previsto para la evaluación (retribuciones, carrera o cese en el puesto de trabajo) previsiblemente suscitarán una gran conflictividad. De hecho, en otros modelos de Función Pública donde están históricamente arraigados, se replantea la ineficacia de los sistemas de evaluación desde el mero punto de vista de los costes (Estados Unidos⁵²) o se abdica de la intención de adscribirles efectos sobre las retribuciones (Unión Europea⁵³). Sea como fuere, la puesta en marcha de estos procedimientos de evaluación exigirá un gran esfuerzo de formación entre los gestores de recursos humanos en el seno de las Administraciones Públicas, profesionalización de la gestión que está muy presente en las intenciones del propio EBEP.

VII. ESTATUTO BÁSICO Y DERECHOS Y DEBERES

Finalmente, abordaremos en este trabajo el tema de los derechos y deberes de los empleados públicos, lugar postrero que no casa bien con su ubicación en la Ley 7/2007, pues significativamente el EBEP comienza —tras la regulación de las premisas de su objeto, ámbito de aplicación y clases de personal— precisamente con el «estatuto subjetivo» de los empleados públicos, que vendría integrado por sus derechos y deberes, anteponiéndose al «estatuto objetivo» de la estructura de la Función Pública, que la legislación básica remite casi en su totalidad a las potestades de organización de las Administraciones Públicas.

En efecto, el Estatuto se vacía objetivamente y se pretende dotar de contenido a través de la definición de un estatuto subjetivo de derechos y obligaciones que sería lo común al conjunto de empleados públicos. De manera que lo que desde el punto de vista de la organización quebraría la descentralización, pretende alcanzarlo el Estatuto Básico a través, por un lado, de la proclamación de unos principios o valores esenciales (que denomina «fundamentos de actuación»: art. 1.3 EBEP) y, por otro, de la exhaustiva regulación de los derechos y deberes de funcionarios y laborales. Se compensaría, así, axiológicamente lo que se pierde estructuralmente.

El fenómeno, en realidad, es común a modelos fragmentados de Función Pública. Por ejemplo, en el Reino Unido, donde la diferenciación viene no a través de la descentralización, sino de las reformas de desconcentra-

⁵² Vid. L. G. NIGRO, F. NIGRO y J. E. KELLOUGH, *The New Public Personnel Administration*, Thomson/Wadsworth, Belmont, 2007, págs. 165-197; J. E. KELLOUGH, «Employee Performance Appraisal in the Public Sector: Uses and Limitations», en *Public Personnel Management. Current Concerns, Future Challenges* (ed. N. RICUCCI), 4.^a ed., Longman, New York, 2006, págs. 177-189. En especial, J. S. BOWMAN, «At Last, An Alternative to Performance Appraisal: Total Quality Management», en *Public Administration Review*, vol. 54 (29), marzo-abril 1994, págs. 129-136, quien critica las evaluaciones individuales del rendimiento y aboga por su abandono porque plantean más problemas que beneficios producen.

⁵³ J. FUENTETAJA, «La reforma de la Función Pública Europea», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 19, 2004, págs. 751-785.

ción de la década de los noventa, se advirtió que «los valores intangibles y compartidos del *Civil Service* estaban ligados en el pasado a caracteres tangibles que los funcionarios tenían en común en todos los Ministerios, incluyendo remuneraciones comunes, así como comunes sistemas de estructuración en grados y de métodos de reclutamiento y promoción. Estos elementos tangibles recordaban a los funcionarios que servían a un “empleador” común y que tenían idénticos objetivos»⁵⁴. Pero al haber acabado con esos sistemas comunes de remuneración, estructuración en grados, reclutamiento y promoción, se minó «el sentido de ser un servidor público (*public servant*) con todo lo que eso implica»⁵⁵, por lo que se procedió a una reflexión axiológica para refundar la unidad del *Civil Service* en los valores esenciales del mismo⁵⁶.

Consecuentemente, la regulación que hace el EBEP de los derechos de los empleados públicos (por tanto, de funcionarios y de laborales) es tan amplia como intensa. Así, tras el catálogo de derechos individuales (art. 14) y de derechos individuales ejercidos colectivamente (art. 15), se suceden los Capítulos relativos al derecho a la carrera profesional y a la promoción interna; a los derechos retributivos; al derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional, así como el derecho de reunión; y el derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones.

No es éste el lugar de hacer un análisis del complejo y completo elenco de derechos y obligaciones previstos en el EBEP⁵⁷, pero sí se pueden aventurar dos apreciaciones generales. La primera es que, como ya se advirtió, contrasta la exhaustividad de la regulación que hace el EBEP en lo tocante a los derechos de los funcionarios, que en algunos momentos roza los límites de lo amparado por la legislación básica. La segunda, que se advierte una cierta subjetivización de auténticas instituciones o procedimientos de la Función Pública que deberían tener un tratamiento diferenciado de los

⁵⁴ Fifth Report from the Treasury and Civil Service Committee: *The Role of the Civil Service*, House of Commons (Session 1993-1994), n. 75.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *The Role of Civil Service*, n. 72: «Los valores de imparcialidad, integridad, objetividad, selección y promoción basados en el mérito y responsabilidad deben actuar como caracteres unificadores del *Civil Service* británico. Son tan importantes hoy en día como lo fueron en el siglo pasado: su importancia no debería disminuir en el siglo venidero. Creemos que la razón para la existencia de una Función Pública permanente y políticamente imparcial es tan imperiosa actualmente como lo ha sido a lo largo de este siglo. El principio de selección y promoción basados en el mérito debe representar el cimiento del *Civil Service*. La importancia de los valores de integridad, imparcialidad, objetividad y responsabilidad radica en las características de las tareas que la Función Pública está llamada a desempeñar. Estos valores reflejan y no imposibilitan los trabajos a realizar y afectan tanto a los funcionarios que sirven al público como aquellos que sirven directamente a los Ministros. Tales valores pueden y deben actuar como una fuerza unificadora para todo el *Civil Service*».

⁵⁷ *Vid.*, al respecto, los excelentes estudios de F. CASTILLO BLANCO, «Los derechos individuales de los empleados públicos», «Los derechos retributivos de los empleados públicos», «Jornada, permisos y vacaciones» y «Los deberes de los funcionarios públicos», en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público* (Dir. M. SÁNCHEZ MORÓN), Lex Nova, Valladolid, 2007, págs. 131-198, 227-286, 321-355 y 357-393, respectivamente.

estrictos derechos funcionariales. Es el caso de la carrera administrativa, de la evaluación del desempeño o del procedimiento de negociación colectiva.

Finalmente, y por su originalidad en nuestra legislación de Función Pública, resulta obligado hacer mención del *Código de Conducta de los empleados públicos*, configurado por los principios éticos (art. 53 EBEP) y por los principios de conducta (art. 54 EBEP). La eficacia jurídica del mismo se reduce a informar la interpretación y aplicación del régimen disciplinario (art. 52 *in fine*), virtualidad clarificada aún más por la Exposición de Motivos cuando señala que las reglas del Código de Conducta «se incluyen en el Estatuto con finalidad pedagógica y orientadora, pero también como límite de las actividades lícitas, cuya infracción puede tener consecuencias disciplinarias». En realidad, el Código de Conducta no tipifica faltas disciplinarias, lo que lo separa de su modelo británico (al que emulan infructuosamente las Funciones Públicas continentales)⁵⁸, y explica la conclusión de PARADA de que aquél no es más que la «búsqueda de una imagen corporativa»⁵⁹.

⁵⁸ En efecto, en el Reino Unido el Código de Conducta forma parte de las condiciones de empleo de cada funcionario y establece el marco constitucional y administrativo en el que trabajan todos los funcionarios, así como los valores que éstos deben observar. Es importante destacar este valor normativo del Código de Conducta en el *Civil Service* pues explica su radical diferencia respecto a pretendidas transposiciones continentales desprovistas de eficacia jurídica. Aquel valor normativo le viene dado por el hecho de que el *Civil Service* es competencia de la Corona (o sea, del Ejecutivo o del Gobierno), que puede desarrollar y completar el régimen jurídico de los empleados a través de diferentes instrumentos, entre los que encontramos los Códigos de Conducta, los cuales integran aquel régimen jurídico, vinculando a los empleados. Este Código de Conducta se centra especialmente en los derechos y obligaciones de los empleados públicos, definiendo y tipificando, consecuentemente, auténticas faltas y sanciones disciplinarias. Lejos, pues, del principio de legalidad del Derecho de la Función Pública continental. Cuando en España, Francia o Italia, por ejemplo, el Gobierno aprueba documentos que titula «Códigos de Conducta», su eficacia no deja de ser admonitoria y, si se quiere, explicativa o interpretativa de lo que la Administración entiende debe ser un adecuado comportamiento de los empleados públicos, pero ni por asomo podrían establecer faltas o sanciones disciplinarias. A diferencia de muchos países de la Europa continental, la concepción del *Civil Service* como una «prerrogativa de la Corona» lo aleja del principio de legalidad en esta materia.

⁵⁹ R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho del empleo público, op. cit.*, pág. 75.

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

- 1. Temas de interés.** La *Revista de Administración Pública* publica trabajos de investigación originales sobre Derecho Administrativo, Administración Comparada e Historia de la Administración.
- 2. Envío de originales.** Los trabajos deberán ser originales e inéditos; en caso de ser publicados una vez enviados a esta Secretaría, los autores deberán notificarlo y proceder a la retirada de los mismos. Se enviarán en lengua castellana, escritos en Microsoft Word o en formato compatible. Se harán llegar, en todo caso, en papel (una copia) y, además, en soporte electrónico, bien sea en disquete o CD-ROM, a nombre de la Secretaría de la *Revista*, a la dirección: CEPC, Plaza de la Marina Española, 9, 28071 MADRID, o por correo electrónico a la dirección **public@cepc.es**. Sólo se tomarán en consideración por el Consejo de Redacción aquellos trabajos que se hayan enviado, directamente, a la dirección de la *Revista* antes indicada.
- 3. Formato.** Los originales deberán ir escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman tamaño 12. La extensión total no debiera superar las 40 páginas (10.000 a 12.000 palabras), incluidos notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfonos de contacto. En una segunda página se presentarán dos resúmenes, en español e inglés, de unas 120 palabras cada uno y con tres a cinco palabras clave (en los dos idiomas).
- 4. Normas de edición:**
 - a) Bibliografía.** Las referencias bibliográficas, que se limitarán a las obras citadas en el trabajo, se ordenarán alfabéticamente por el primer apellido, en mayúsculas, del autor, bajo el título «Bibliografía» y al final del original. Ejemplo:

PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): «La convalidación de los actos administrativos», *Revista de Administración Pública*, 151, págs. 9-30.

PÉREZ PÉREZ, Luis (2004): *Derecho Administrativo*, Madrid, CEPC.

Si se citan dos o más obras de un determinado autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005a) y PÉREZ PÉREZ, Luis (2005b).
 - b) Notas a pie de página.** Todas las notas irán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice. Tras la primera referencia bibliográfica completa, sólo se incluirá su forma abreviada. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): 90.
- 5. Reseñas de libros.** La *Revista de Administración Pública* acepta sugerencias sobre libros para su reseña, cuya extensión no podrá superar las 5 páginas.
- 6. Proceso de publicación.** La *Revista de Administración Pública* decidirá, a través de su Consejo de Redacción, la publicación de los trabajos requiriendo, en los casos en los que lo considere necesario, informes de evaluadores externos. Los autores de artículos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 5 días. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando éstos limitados a la corrección de errores con respecto a la versión aceptada.
- 7. Copyright.** El autor o los autores ceden a la *Revista*, en exclusiva, los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos.
- 8. Advertencia.** Cualquier incumplimiento de las presentes Normas constituirá motivo para el rechazo del original remitido.

ISSN 0034-7639



00174



9 770034 763905

19,00 €