

**JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ**

Doctora en Derecho

Universidad de Castilla-La Mancha

**EL EMPLEO PÚBLICO:  
ENTRE ESTATUTO  
FUNCIONARIAL  
Y CONTRATO LABORAL**

Prólogo de  
Franck Moderne

**UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA**

**MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.  
MADRID 2001 BARCELONA**

# ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
<b>AGRADECIMIENTOS</b> .....	9
<b>PRÓLOGO</b> .....	11
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	19

## CAPÍTULO I

### **LA TEORÍA ESTATUTARIA COMO UN ELEMENTO DECISIVO EN LA CONFORMACIÓN DE UN RÉGIMEN DE FUNCIÓN PÚBLICA DISTINTO DEL DERECHO LABORAL**

I. INTRODUCCIÓN: NECESIDAD DE REVISAR LA CONCEPCIÓN CLÁSICA SOBRE LA NATURALEZA DEL EMPLEO PÚBLICO .....	25
II. PLANTEAMIENTO DEL DEBATE HISTÓRICO EN TORNO A LA ESPECIAL NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL.....	28
III. LA CONSOLIDACIÓN DE LA TEORÍA ESTATUTARIA O UNILATERALISTA Y SUS POSTULADOS.....	31
IV. SU EFECTO INMINENTE: LA CONFIGURACIÓN DE UN RÉGIMEN JURÍDICO FUNCIONARIAL COMPLETAMENTE SEPARADO DEL LABORAL .....	34
V. LA ACOGIDA DE LA TEORÍA ESTATUTARIA EN FRANCIA: LA PARTICULAR CONCEPCIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA .....	36
1. El servicio al Estado como elemento determinante del carácter específico y de la autonomía jurídica de la Función Pública respecto del Derecho laboral .....	37

	<u>Pág.</u>
2. Las garantías estatutarias como rasgo distintivo de la Función Pública .....	40
2.1. El sometimiento automático a los derechos y obligaciones estatutarios .....	42
2.2. La sumisión del funcionario al sistema de carrera .....	43
2.3. La inexistencia de derechos adquiridos .....	44
2.4. Aplicación del principio de igualdad de los funcionarios pertenecientes a un mismo cuerpo .....	44
2.5. La atribución de las controversias a la Jurisdicción contencioso-administrativa.....	45
VI. LA NATURALEZA DEL EMPLEO PÚBLICO EN ITALIA: UN EJEMPLO DE ASUNCIÓN Y POSTERIOR ABANDONO DE LA TEORÍA UNILATERALISTA.....	45
1. La acogida de la teoría estatutaria en el sistema italiano y su plasmación en el establecimiento de una reserva de ley.....	46
2. La imparcialidad y el buen funcionamiento como principios justificadores de las especialidades del empleo público.....	48
3. ¿Reserva de ley o reserva de fuentes de carácter unilateral?	50
4. La reafirmación de la naturaleza específica del empleo público en el Dictamen del Consejo de Estado de 31 de agosto de 1992.....	52
5. La reforma privatizadora: abandono de la teoría unilateralista y su sustitución por la teoría contractualista.....	54
VII. LA RECEPCIÓN DE LA TESIS UNILATERALISTA Y FORMACIÓN DE UN RÉGIMEN ESTATUTARIO EN ESPAÑA.....	55
1. La aparición de un régimen estatutario como garantía del funcionario ante las continuas injerencias políticas.....	55
2. Modesta introducción de determinados principios del modelo funcional francés en nuestra Función Pública.....	58
3. Aparición de los primeros indicios que evidencian ya la conformación de un régimen jurídico funcional distinto del laboral: el Estatuto de Bravo Murillo.....	59
4. El Estatuto de O'Donnell: la inamovilidad como rasgo distintivo esencial entre funcionarios y trabajadores.....	61
5. El Estatuto de Maura: definitiva consagración del régimen estatutario funcional.....	63
6. La Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964: reconocimiento expreso de la naturaleza administrativa de la relación y a la vez inicio de la desnaturalización del sistema.....	64

## CAPÍTULO II

EL MARCO GENERAL DE DERECHO PÚBLICO  
DE LA FUNCIÓN PÚBLICA FRANCESA

I.	INTRODUCCIÓN .....	67
II.	NECESARIAS PUNTUALIZACIONES SOBRE LA TIPOLOGÍA DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN .....	69
1.	Los funcionarios y el ya clásico problema de la acotación del régimen estatutario .....	71
1.1.	Introducción.....	71
1.2.	La teoría de la separación de actos de autoridad y de gestión de la Administración .....	74
1.3.	La distinción entre funcionarios de autoridad y funcionarios de gestión como una aplicación de la doctrina que separa el Estado poder público del Estado persona jurídica.....	76
1.4.	Aspectos que motivaron la crisis de esta distinción.....	77
1.5.	Superación de la anterior teoría y su sustitución por la doctrina del servicio público. Su influencia sobre la Función Pública.....	79
1.6.	Nuevas claves para repensar el problema de la acotación del régimen estatutario .....	82
2.	La contratación por la Administración de asalariados privados .....	84
III.	ASPECTOS QUE DEJAN ENTREVER UNA MODESTA INTRODUCCIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA FRANCESA.....	86
1.	Factores que propiciaron la intromisión del Derecho del trabajo en el ámbito de la Función Pública .....	86
1.1.	La aparición del sindicalismo funcional .....	87
1.2.	La desfuncionarización .....	88
2.	Las distintas vías para la penetración del Derecho laboral en la Función Pública.....	89
2.1.	Disposiciones del Código del Trabajo directamente aplicables a los agentes públicos.....	89
2.2.	Normas laborales aplicables en virtud de la celebración de un contrato de Derecho público.....	91
2.3.	La extensión jurisprudencial a los contratados administrativos de los principios generales del Derecho laboral.....	92

	<u>Pág.</u>
2.3.1. Su explicación: el recurso al Derecho laboral como una técnica para la protección de los agentes no titulares .....	94
2.3.2. La doble lectura de la jurisprudencia administrativa: la teoría de la inaplicación del Código de Trabajo .....	96
3. La negociación colectiva: planteamiento de la situación en el ordenamiento jurídico francés .....	99
3.1. La práctica de la concertación en la Función Pública. Naturaleza y distinción con otras figuras afines.....	101
3.2. Valor jurídico de la participación de los agentes en la determinación de sus condiciones de trabajo.....	103
3.3. La actual política de “contractualización” en la Función Pública.....	104
3.4. ¿Hacia un sincretismo entre el estatuto y la negociación funcional? Reflexiones.....	107
3.5. Breve referencia al personal de las empresas públicas sometidas a estatuto y al principio de contractualización subsidiaria .....	111
4. La definitiva introducción de una institución laboral: el reconocimiento de la huelga en la Función Pública.....	114
5. Constatación del fenómeno de aproximación del Derecho de la Función Pública y el Derecho laboral.....	115
 IV. EL PROBLEMA DE LOS LINDES ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y EL DERECHO LABORAL EN FRANCIA: LA DISTINCIÓN ENTRE CONTRATADOS ADMINISTRATIVOS Y ASALARIADOS PRIVADOS.....	 118
1. Introducción .....	118
2. Necesidad de replantear el problema de la tensión Derecho público-Derecho privado en el colectivo del personal contratado .....	119
3. Los criterios jurisprudenciales tradicionales para la determinación de los contratados de Derecho público .....	122
3.1. El criterio de la participación permanente en el servicio público .....	123
3.2. El criterio de la naturaleza del empleo .....	125
3.3. El criterio de las cláusulas exorbitantes .....	125
4. La consolidación del criterio de la participación directa en la ejecución del servicio público.....	126
4.1. La concepción clásica de la participación directa .....	129
4.1.1. Funciones que implican ejercicio de autoridad.	130
4.1.2. Actividades que coinciden con el objeto mismo del servicio público.....	130

	<u>Pág.</u>
4.1.3. Funciones que no suponen la participación directa del empleado.....	132
4.2. Problemas que plantea la concreción de la noción de “participación directa”.....	133
4.2.1. Tendencia hacia la ampliación jurisprudencial de la concepción clásica.....	136
4.2.2. Explicación de la nueva tendencia: incoherencias de la jurisprudencia tradicional.....	138
4.2.3. Un nuevo giro jurisprudencial: la definitiva limitación del Derecho laboral en la Función Pública.....	141

### CAPÍTULO III

#### **LA DEFINITIVA RECONDUCCIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA AL ÁMBITO DEL DERECHO PRIVADO: LA EXPERIENCIA ITALIANA**

I. INTRODUCCIÓN: LA IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DEL NUEVO MODELO ITALIANO DE EMPLEO PÚBLICO.....	145
II. ALGUNAS ACLARACIONES CONCEPTUALES PREVIAS: ¿PRIVATIZACIÓN O LABORALIZACIÓN DE LAS RELACIONES DE TRABAJO?.....	148
III. CAUSAS QUE HAN MOTIVADO LA ACTUAL REFORMA PRIVATIZADORA.....	151
1. El fracaso de la Ley Marco de 1983.....	152
1.1. La continua violación de los límites competenciales establecidos por la Ley Marco.....	153
1.2. La sistemática violación de los plazos previstos para la terminación de los procedimientos de aprobación y recepción de los convenios colectivos.....	156
1.3. La falta de respeto a los límites fijados en las leyes presupuestarias.....	156
1.4. La llamada “huida” del ámbito de aplicación de la Ley Marco.....	157
2. Necesidad de controlar el gasto público y poner remedio a la denominada <i>giungla</i> retributiva.....	158
3. El afán por aumentar la eficacia de las Administraciones Públicas.....	161
4. Otras causas significativas.....	163
IV. GÉNESIS DE LA REFORMA.....	165
1. El importante impulso dado a la reforma por los sindicatos.....	166

	<u>Pág.</u>
2. De cómo la reforma deviene finalmente menos “sindical” y más “gubernativa” .....	168
3. Formulación de la Ley de Delegación 421/1992, de 23 de octubre .....	169
4. Intensificación de la privatización: La Ley de Delegación 59/1997, de 15 de marzo.....	170
<b>V. EL TRÁNSITO DEL MODELO PÚBLICO AL MODELO PRIVADO DE EMPLEO EN LA ADMINISTRACIÓN.....</b>	<b>171</b>
1. Introducción.....	171
2. Agudización de la tendencia hacia la unificación de las relaciones de trabajo público y privado .....	173
3. La analogía entre las estructuras de ambos tipos de empleo como explicación de esta tendencia.....	175
4. El sometimiento de las relaciones de trabajo de los empleados públicos al Derecho laboral.....	177
5. La reciente supresión de la cláusula de salvaguardia y, con ella, de los límites a la aplicación del Derecho privado .....	179
<b>VI. LA NUEVA POSICIÓN JURÍDICA DE LA ADMINISTRACIÓN Y DE LOS EMPLEADOS.....</b>	<b>183</b>
1. El nuevo estatus de los empleados públicos .....	183
1.1. La pretendida igualdad de posiciones jurídicas y su compatibilidad con los intereses generales.....	183
1.2. Algunas derogaciones del régimen laboral.....	184
1.3. Conclusión: aparición de un nuevo régimen especial para los empleados públicos .....	185
2. La insólita consideración de la Administración como un empresario privado.....	187
2.1. La clásica posición de la Administración.....	187
2.2. La nueva postura de las Administraciones Públicas que subyace en la reforma privatizadora .....	189
2.3. Su explicación como un intento de reapropiación de la pérdida supremacía especial de la Administración ...	191

#### CAPÍTULO IV

### **CONTENIDO BÁSICO DE LA “PRIVATIZACIÓN” ITALIANA: EL NUEVO MODELO DE FUENTES Y EL ABANDONO DE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA**

<b>I. LAS ACTUALES FUENTES DE REGULACIÓN DEL EMPLEO EN LA ADMINISTRACIÓN .....</b>	<b>195</b>
1. Introducción.....	195

	Pág.
2. Concurrencia de fuentes en el Decreto Legislativo 29/1993, de 3 de febrero.....	197
3. La enunciación del principio general de contractualización de las relaciones.....	199
3.1. Exclusiones de ámbito objetivo.....	200
3.2. Exclusiones de ámbito subjetivo. Los criterios delimitadores.....	202
4. Relaciones entre las fuentes unilaterales y los convenios colectivos en la actual regulación.....	205
4.1. La reserva de ley del art. 97 de la Constitución como un límite a la privatización del empleo público .....	207
4.2. Los criterios delimitadores: principios relativos a la organización y principios relativos al trabajo .....	211
4.3. Consecuencias de la “privatización” de la negociación colectiva.....	213
4.4. La especial tutela del principio de contractualización del art. 2.2 del Decreto Legislativo 29/1993 .....	216
5. Relaciones entre el convenio colectivo y el contrato de trabajo individual.....	219
 II. ESPECIAL REFERENCIA AL ACTUAL MODELO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS.....	 222
1. Introducción.....	222
2. Breve referencia al sistema Negociador establecido en la Ley Marco sobre el empleo público 93/1983 .....	224
3. Las nuevas modalidades negociadoras.....	225
4. El procedimiento negociador: sus fases .....	228
4.1. El traslado al Comité de Sector del preacuerdo y solicitud de su dictamen .....	229
4.2. Certificación de la compatibilidad financiera de la <i>Corte dei Conti</i> .....	230
4.3. Estipulación final del convenio. Su entrada en vigor y efectos.....	233
5. El entrecruzamiento de aspectos públicos y privados durante el proceso negociador .....	235
6. Las partes negociadoras: la Agencia y los sindicatos más representativos.....	237
6.1. La representación de los empleados públicos: el sindicato más representativo.....	238
6.2. Representación de las Administraciones Públicas.....	239
6.2.1. El problema de la politización de las antiguas delegaciones negociadoras .....	239



	<u>Pág.</u>
6.2.2. El nuevo remedio: creación de nuevos organismos que representan a la Administración.....	241
A) La Agencia para la Representación Negociadora .....	242
B) Los Comités de Sector.....	244
7. El nuevo modelo de relaciones sindicales establecido en los convenios .....	245
<b>III. EL ABANDONO DE LA JURISDICCIÓN EXCLUSIVA DEL JUEZ ADMINISTRATIVO Y, EN CONSECUENCIA, DE LAS NORMAS PROCESALES COMO REFLEJO DE LA ESPECIAL NATURALEZA DE LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO .....</b>	<b>247</b>

## CAPÍTULO V

### **LA POSIBLE REINTERPRETACIÓN ESTATUTARIA EN EL NUEVO MARCO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978**

I. INTRODUCCIÓN.....	253
II. LA SUPUESTA CONSAGRACIÓN DE LA TEORÍA ESTATUTARIA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978. SIGNIFICADO E IMPLICACIONES.....	256
III. LA INTERPRETACIÓN REALIZADA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PRINCIPALMENTE EN SU SENTENCIA 99/1987: LA OPCIÓN POR EL RÉGIMEN ESTATUTARIO.....	258
IV. EL POSICIONAMIENTO DOCTRINAL SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL Y LA DUALIDAD DE RÉGIMENES JURÍDICOS A TENOR DEL ART. 103.3 .....	261
1. Doctrina que se decanta a favor de la tesis estatutaria .....	261
2. Doctrina que postula una interpretación abierta del precepto.....	270
3. Autores que proponen la traslación de la teoría de la garantía institucional a la Función Pública.....	274
4. Una concepción sistemática de la Función Pública en el texto constitucional .....	279
V. LA INELUDIBLE REINTERPRETACIÓN DE LA TEORÍA ESTATUTARIA EN EL NUEVO MARCO CONSTITUCIONAL.....	287
1. Necesidad de explicar los postulados unilateralistas a la luz de los nuevos valores y principios consagrados en la Constitución.....	287
2. Exigencia, asimismo, de armonizar el régimen estatutario con el reconocimiento de los derechos colectivos.....	290

	<u>Pág.</u>
VI. OTRAS QUIEBRAS DE LOS POSTULADOS CLÁSICOS DE LA TEORÍA UNILATERALISTA .....	293
1. La contratación laboral de la Administración en régimen de igualdad de posiciones jurídicas.....	293
2. Otros supuestos de desigualdad propios del Derecho privado.	294
3. La modificación unilateral de las condiciones de empleo es una manifestación del principio de legalidad y del <i>ius variandi</i> .	296
4. La toma de posesión como un verdadero elemento constitutivo de la relación funcionarial.....	297
5. Supuestos de actuación de la Administración fuera de su <i>ius imperii</i> .....	299
VII. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ACERCA DE LA NATURALEZA DE LA RELACIÓN JURÍDICA FUNCIONARIAL Y LABORAL.....	300
VIII. CONCLUSIÓN: DESDE EL PUNTO DE VISTA SUSTANCIAL EXISTEN ARGUMENTOS SUFICIENTES PARA UN EVENTUAL REPLANTEAMIENTO DE LA NATURALEZA UNILATERAL DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL....	306

## CAPÍTULO VI

### TENDENCIA HACIA LA LABORALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA

I. ALGUNAS CUESTIONES CONCEPTUALES PREVIAS.....	311
II. LA INTRODUCCIÓN EN EL RÉGIMEN FUNCIONARIAL DE INSTITUCIONES TÍPICAS DEL DERECHO LABORAL: ESPECIAL REFERENCIA A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA .....	312
1. Introducción.....	312
2. La polémica en torno al reconocimiento constitucional de la negociación colectiva funcionarial.....	315
3. Su regulación en los textos legales.....	325
4. Tendencia a la negociación conjunta de funcionarios y laborales.....	327
5. Algunos límites a la contractualización en el ámbito de lo público: especial referencia a las retribuciones de los funcionarios y a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000 .....	329
6. Incidencia de la negociación colectiva en la teoría estatutaria.	340
7. Propensión a la laboralización de la negociación funcionarial en el nuevo Proyecto de Ley del Estatuto Básico de la Función Pública .....	346

	<u>Pág.</u>
III. TENDENCIA HACIA LA HOMOGENEIDAD EN LA REGULACIÓN DE LOS REGÍMENES FUNCIONARIAL Y LABORAL.....	349
1. Desvirtuación del carácter unilateralista del sistema estatutario y comienzo del proceso equiparador de regímenes jurídicos .....	349
2. Quiebra de la idea según la cual el funcionario aparece plenamente identificado con la Administración.....	353
3. El abandono del sistema de carrera y su sustitución por el sistema de empleo .....	355
4. Tendencia a la regulación unitaria, y en ocasiones paralela, de los laborales y funcionarios .....	358
4.1. En la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública (Ley 30/1984, de 2 de agosto).....	358
4.2. En materia de libertad sindical: la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto .....	360
4.3. En materia de elección de los órganos de representación del personal al servicio de las Administraciones Públicas (Ley 18/1994, de 30 de junio).....	363
4.4. En materia de prevención de riesgos laborales (Ley 31/1995, de 8 de noviembre).....	366
4.5. En el Proyecto de Ley del Estatuto Básico de la Función Pública.....	368
IV. LA INCORPORACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN DEL PERSONAL LABORAL.....	373
1. Causas de la admisión de los laborales en las Administraciones Públicas .....	375
2. Consecuencias más inmediatas de la contratación laboral .....	379
3. Evolución de los criterios determinantes de la naturaleza de la contratación .....	380
3.1. La naturaleza de la contratación como una mera técnica organizativa.....	380
3.2. El art. 15 de la Ley 30/1984 y la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987, de 11 de junio .....	382
3.3. Cambio de los criterios para la clasificación de los puestos de trabajo: recurso a los supuestos tasados .....	384
3.4. Inicio de los procesos de funcionarización.....	391
3.5. La contratación de personal laboral en las distintas leyes autonómicas de Función Pública .....	395
3.6. La creciente laboralización en la Administración local.	403
3.7. El personal laboral en el Proyecto de la Ley Reguladora del Estatuto Básico de la Función Pública .....	404
4. Problemas que presenta la dualidad de regímenes jurídicos en la Administración .....	409

	<u>Pág.</u>
V. APLICACIÓN DEL DERECHO LABORAL A LOS TRABAJADORES DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.....	413
1. Introducción.....	413
2. Las modulaciones del Derecho del trabajo ante las irregularidades de la contratación temporal.....	416
2.1. Planteamiento del problema: la difícil armonización del principio de legalidad con los principios rectores del acceso al empleo público.....	416
2.2. El uso por la Administración de los contratos temporales laborales.....	418
2.3. La aplicación al personal laboral de los principios constitucionales que rigen el acceso a la Función Pública ...	421
2.4. Las diversas posturas doctrinales sobre la compatibilidad de la normativa laboral con los principios de igualdad, mérito y capacidad.....	427
2.5. Evolución jurisprudencial en materia de contratación irregular y aplicación del Derecho laboral .....	433
2.5.1. La prevalencia de los principios constitucionales sobre la regla presuntiva de indefinición del contrato .....	434
2.5.2. El recurso a la figura de la interinidad como vía conciliadora .....	437
2.5.3. El provisional triunfo del Derecho laboral: la consideración de la Administración como un empresario.....	438
A) Otros argumentos eventualmente empleados por el Tribunal Supremo.....	441
B) La naturaleza de las irregularidades cometidas por la Administración.....	443
C) Momento a partir del cual comienza a ser efectiva la presunción de fijeza en el puesto de trabajo .....	444
2.5.4. La nueva línea jurisprudencial: la ineludible proyección de la naturaleza pública del empleador en la posición subjetiva del trabajador .....	445
3. La fijación de topes salariales en la negociación colectiva del personal laboral de la Administración: fundamento constitucional del trato diferenciado.....	450
4. Conclusión: tendencia hacia la creación de una relación de trabajo especial <i>parestatutaria</i> para el personal laboral de la Administración .....	456
VI. REFLEXIONES ACERCA DE UN NUEVO MODELO DE EMPLEO PÚBLICO EN ESPAÑA.....	460
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>467</b>