

EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y EL ESTADO AUTONÓMICO (1)

J. LUIS GARCÍA RUIZ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL RÉGIMEN ESTATUTARIO DE LOS FUNCIONARIOS: A) *El contenido mínimo de la locución «Estatuto de los funcionarios públicos».* B) *La vinculación con el artículo 23.2 de la CE.*—III. LAS BASES DEL RÉGIMEN ESTATUTARIO DE LOS FUNCIONARIOS: A) *A vueltas con la noción de bases y su desarrollo.* B) *Lo básico según el legislador estatal tras la STC 99/1987.* C) *El proyecto de Estatuto Básico de la Función Pública.*

I. INTRODUCCIÓN

Resulta difícil exponer el tema referente al Estatuto de la función pública desde una perspectiva constitucional, constreñido al estrecho marco de una ponencia limitada en su extensión, puesto que la amplitud de la materia a considerar conllevaría el no poder atender más que de forma telegráfica muchos de los aspectos contenidos en la misma. La abundante bibliografía existente es una buena prueba de cuanto decimos. Esta razón y una segunda más importante me llevan a intentar acotar la materia objeto ahora de nuestra consideración. Me refiero al hecho de que si contemplamos cuál es la mayor dificultad que aquí y ahora tiene el operador jurídico para aplicar el derecho, llegamos fácilmente a la conclusión de que dicha mayor complejidad es la que deriva de la existencia del llamado Estado de las Autonomías de manera que, como cada vez se pone más de relieve por la doctrina y también en determinados votos particulares en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, empezamos a no

(1) Ponencia presentada por invitación de los organizadores en el II Congreso Nacional sobre Función Pública.

saber si estamos en presencia de un ordenamiento jurídico complejo, formado por un ordenamiento principal y 17 subordenamientos, o ante 18 ordenamientos jurídicos distintos, el estatal y los 17 autonómicos, respecto de los cuales y como ha establecido la muy discutible, en este extremo, sentencia del TC sobre el Texto Refundido de la ley del suelo, el derecho estatal ya no puede ser ni siquiera derecho supletorio, a pesar de la dicción literal del artículo 149.3 de la Constitución (2). La clave interpretativa para esta bifurcación de tanta trascendencia radicará en la consideración de la existencia o no de un título competencial estatal sobre una materia determinada, de manera que cuando el Estado carezca de título competencial estaremos ante 18 ordenamientos distintos y cuando sí tenga título competencial estaremos ante un ordenamiento complejo pero integrado. El que esta situación pueda parecer una aberración, que abre en parte el camino a una situación jurídica de corte confederal, es un asunto ocioso. No hay más cera que la que arde y este es el punto de llegada al que nos ha llevado la más reciente doctrina constitucional. Por ello, los juristas que pensamos lo caótico que habrá de resultar operar en nuestros tribunales con 18 ordenamientos, debemos antes que nada, sobre cualquier materia sometida a consideración, discernir si se trata de una materia en la que existe o no título competencial estatal. Si existe, estamos salvados porque podremos seguir aplicando las reglas conocidas y ancestrales de la interpretación jurídica que aprendimos en nuestro proceso formativo. Ese habrá de ser el primer paso a partir de ahora para poder analizar y profundizar un tema concreto.

Por esta razón, en la materia que nos ocupa hemos de empezar por irnos al título VIII de la Constitución y dentro de él al artículo 149 que relaciona las materias de competencia estatal. Y ahí nos encontramos con lo dispuesto en su número 1.18.º: En virtud de él conocemos que el Estado tiene competencia exclusiva sobre «las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas

(2) Sentencia 61/1997, de 20 de marzo, que resuelve diversos recursos de inconstitucionalidad acumulados y promovidos respectivamente por el Parlamento de Navarra, el Consejo de Gobierno de la Diputación General de Cantabria, el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, la Diputación General de Aragón, la Junta de Castilla y León y el Gobierno de Canarias contra la Ley 8/1990 sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo y otros tantos recursos de inconstitucionalidad igualmente acumulados promovidos por el Consejo de Gobierno de la C.A. de las Islas Baleares, la Diputación General de Aragón y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña frente al texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio. Esta Sentencia continúa la tendencia doctrinal establecida por la STC 118/1996 sobre el ordenamiento del transporte y tiene un precedente parcial en la STC 147/1991. El Magistrado Jiménez de Parga sostiene un voto particular discrepante de la mayoría, con el que no podemos menos de estar de acuerdo.

y del régimen estatutario de sus funcionarios...». Looado sea Dios, que en este tema nos aleja de un, en mi opinión, imposible análisis confederal —que para eso ya se inventó el derecho comparado— y nos lleva al terreno del difícil, pero no imposible, análisis de un ordenamiento jurídico complejo.

Sentada esta premisa, devenida hoy, como digo, indispensable, estamos en condiciones de avanzar: La función pública no es en el estado español un tema cosoberano, sino una materia de un Estado Unico, que al no ser unitario, bifurca su contenido jurídico en dos niveles jerarquizados: el de lo básico, que corresponde al Estado y el del desarrollo o complemento de lo básico que podrá corresponder en virtud de sus respectivos Estatutos a las Comunidades Autónomas. Y junto a ello, la consideración suplementaria con que abríamos estas reflexiones: en materia de función pública el derecho estatal sigue siendo, en todo caso, como reza el tenor literal, supletorio del de las CC. AA. lo que supone disipar el riesgo cierto de un vacío interpretativo o, lo que es peor, de una interpretación aberrante. A partir de aquí podemos concentrarnos en delimitar las fronteras entre ambos niveles jerarquizados. Para ello, sin embargo, necesitaremos, como veremos, manejar otros artículos de la Constitución, e incluso salirnos de la misma, pues ésta no sistematiza en su totalidad el elenco de lo que podemos considerar como bases del régimen estatutario de los funcionarios. Se hace preciso, por tanto, determinar primero que entendemos por régimen estatutario de los funcionarios, para, posteriormente, reflexionar sobre lo que sea básico respecto a ello. Estos dos apartados configuran el resto de mi exposición.

II. EL RÉGIMEN ESTATUTARIO DE LOS FUNCIONARIOS

A) *El contenido mínimo de la locución «Estatuto de los funcionarios públicos»*

La unanimidad de la doctrina y la jurisprudencia constitucional establecen una relación de identidad entre los enunciados de los artículos 149.1,18 y 103.3 de la Constitución, aunque su literalidad no sea total, en cuya virtud «régimen estatutario de los funcionarios» y «estatuto de los funcionarios públicos» significan, como no podía ser de otra manera, la misma cosa. Y desde esta premisa, el artículo 103.3 de la Constitución se nos aparece como determinante a la hora analizar este punto. Como nos recuerda el profesor Sánchez Morón, «lo primero que el artículo 103.3 de la Constitución indica es que el personal al servicio de la Administración debe tener un estatuto profesional..., profesionalidad de la función pública que hay que entender como contraposi-

ción a los órganos de elección o designación política» (3). Esa es la contraposición clave del título IV de la Constitución, que responde a la rúbrica «Del Gobierno y la Administración» y que después de dedicar sus primeros artículos a regular el Gobierno y recordarnos su carácter bifronte de órgano político y de órgano director de la Administración, nos dirá de forma rotunda en el primer párrafo del artículo 103 que «La Administración pública sirve con *objetividad* los intereses generales...» (4). Objetividad que requiere una profesionalidad codificada, de suerte que el Estatuto de la función pública no habrá de ser, por tanto, sino el conjunto normativo destinado a regular y garantizar tal profesionalidad. Pero la Constitución va a ser muy parca en determinarnos el contenido necesario de dicha regulación, ya que lo que hace es efectuar una reserva de ley con relación a la misma para añadirnos unas precisiones mínimas de carácter constitucional: el acceso a la función pública ha de hacerse con arreglo a los principios de mérito y capacidad y la ley deberá regular las peculiaridades del ejercicio del derecho a la sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones. De estos cuatro temas, los tres últimos se redactan de forma muy abierta, de manera que, salvo el obligado respeto a los principios de mérito y capacidad, podemos decir que la Constitución establece *prima facie* una libertad de configuración de la función pública en favor del legislador ordinario. Sin embargo, las locuciones constitucionales nunca pueden ser baldías y en este sentido cabe preguntarse por cual es el contenido mínimo de la locución «estatuto de los funcionarios públicos», de manera que la libertad de configuración del legislador pase a ser una libertad de segundo grado porque no sería ya la libertad de determinar cual sea el contenido del Estatuto de la función pública, sino la de regular conforme a las mayorías parlamentarias un elenco de temas predeterminados. El Tribunal Constitucional ha venido a darnos respuesta a este interrogante en la famosa Sentencia 99/1987, cuya incidencia respecto a la Ley 30/1984, de 2 de agosto, ha sido cuidadosamente estudiada por el profesor Sainz Moreno (5), y en la que se nos dice que:

«En el primer inciso de su artículo 103.3, la Constitución ha reservado a la

(3) MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN: *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, Madrid, 1996.

(4) Sobre el tratamiento general de la Administración Pública que hace la Constitución, puede consultarse el trabajo del prof. JOSÉ LUIS MEILÁN GIL: «La Administración Pública a partir de la Constitución española de 1978», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 47, mayo-agosto 1996.

(5) FERNANDO SAINZ MORENO: «El Estatuto de la función pública después de la Sentencia TC 99/1987 y de la Ley 23/1988», en *Revista de Administración Pública*, núm. 117, 1988, págs. 321-365.

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: 1) *la adquisición y pérdida de la condición de funcionario*, a 2) *las condiciones de promoción en la carrera administrativa*, y a 3) *las situaciones que en ésta puedan darse*, a 4) *los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios*, y a 5) *su régimen disciplinario*, así como a 6) *la creación e integración, en su caso, de Cuerpos y Escalas funcionariales*, y 7) *al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas...* Las normas que disciplinen estos ámbitos serán, en el concepto constitucional, ordenadoras del Estatuto de los funcionarios públicos... Esta normación... habrá de ser dispuesta por el legislador en términos tales que... sea reconocible en la Ley misma una determinación material suficiente de los ámbitos así incluidos en el Estatuto funcional...» (6).

El profesor Sánchez Morón estima que la sentencia que acabamos de transcribir es en cierto modo excesiva en la determinación de los aspectos nucleares del estatuto de la función pública y nos ofrece una enumeración mas homogénea, conforme a la cual el Estatuto debe contemplar desde una perspectiva constitucional, al menos el siguiente ámbito material:

1) La regulación de las garantías de acceso a los empleos públicos en condiciones de igualdad y sobre la base de los criterios de mérito y capacidad.

2) En consonancia con lo anterior y por influjo del artículo 23 de la Constitución, lo relativo a ascensos, sistemas de promoción interna y provisión de puestos de trabajo, así como la regulación de la pérdida de la condición de funcionario.

3) La regulación de las peculiaridades del ejercicio de los derechos sindicales de los funcionarios, por prescripción de los artículos 28.2 y 103.3 CE, advirtiéndonos cómo, a salvo las limitaciones o exclusiones que la Constitución impone a determinados colectivos de funcionarios, en los supuestos generales el derecho a la sindicación del artículo 28 ha tenido una vis expansiva.

4) La regulación de un sistema de incompatibilidades como requisito necesario para asegurar el principio de objetividad en la actuación administrativa y la regulación, asimismo, de las garantías necesarias para asegurar la imparcialidad en el ejercicio de la función pública.

A estos cuatro puntos esenciales, se añadirían por vía de la doctrina plasmada en la Sentencia 99/1987, otros dos suplementarios:

(6) STC 99/1987, de 11 de junio, FJ. 3.º La numeración de los temas incluidos dentro del Estatuto de la función pública ha sido introducida por mí para una más evidente sistematización.

5) Una regulación siquiera mínima —en paralelo a lo que ocurre en el Estatuto de los Trabajadores— de los derechos y deberes de los funcionarios y empleados públicos. Y, finalmente,

6) El régimen de las situaciones administrativas, aun cuando en la regulación de detalle puedan remitirse aspectos concretos al ámbito de una posible negociación colectiva (7).

Todo este conjunto de temas constituye, pues, el ámbito material del estatuto de la función pública, articulador, como nos recuerda Fernández Farreres (8), de una relación funcional diferenciada y diferenciable respecto a las relaciones laborales de orden contractual (aunque estas diferencias se atenúen en el ámbito organizativo), de modo que la configuración y régimen jurídico de ambas categorías admite distinciones profundas, aun cuando, en opinión del Tribunal Constitucional, tales distinciones responden a la libertad de configuración del legislador, lo que tiene el aspecto positivo de que

«habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos (art. 103 y 149.18) 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» (9),

de manera que:

«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 (art. 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 provisión constitucional sean dispuestas por el legislador, garantizándose de este modo, una efectiva sujeción de los órganos administrativos a la hora de decidir que puestos de trabajo puedan ser cubiertos por quienes no posean la condición de funcionarios» (10).

(7) MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN: *Derecho...*, ob. cit., págs. 62-63.

(8) GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES: «Régimen Jurídico de la Función Pública y jurisprudencia constitucional», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 12, 1992 págs. 61-121.

(9) STC 99/1987, FJ. 3.c).

(10) STC 99/1987, FJ. 3.d).

B) *La vinculación con el artículo 23.2 de la CE*

En todo caso, de las materias que constituyen el núcleo de la relación estatutaria, destacan aquellas consignadas en los puntos 1) y 2) anteriores en las que se produce una vinculación con el derecho fundamental consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución (11) pues el Tribunal Constitucional desde la ya lejana Sentencia 42/1981 ha extendido dicho artículo a los cargos y puestos funcionariales sin argumentar una especial justificación, sin duda por considerarlo innecesario. Esta cobertura no es cuestión baladí si se recuerda que ello supone la apertura de la vía del recurso de amparo, independientemente de la posibilidad siempre presente de su utilización por violación del principio de igualdad del artículo 14 de la CE. El profesor Fernández Farreres en el trabajo que hemos citado anteriormente ha efectuado una valiosa y meritoria sistematización de la jurisprudencia constitucional en lo que a este extremo se refiere que por su amplitud no podemos recoger aquí en detalle, pero del cual podemos extraer los puntos principales. Siguiéndolo pues, enunciaremos los siguientes:

— La aplicación del artículo 23.2 de la Constitución se refiere a los funcionarios públicos en sentido estricto, sin que quepa su cobertura respecto del personal al servicio de las Administraciones públicas en régimen laboral, ni en situaciones de colaboración con dichas Administraciones (ATC 361/1983, 645/1983, 415/1985, 837/1985, 880/1985, 157/1987, etc.). Respecto de aquéllos no es un derecho similar al de los cargos electivos o representativos, sino un derecho de configuración legal, de carácter reaccional, que goza de la protección del recurso de amparo por vulneración de la igualdad y que permite denunciar su infracción en todos aquellos supuestos en que la discriminación no se deba a algunas de las circunstancias explícitamente contempladas en el artículo 14 (en cuyo caso, sería éste el utilizable). Por lo que podemos concluir que el artículo 23.2 en su aplicación a los funcionarios, constituye un plus de protección que permite dar cobertura a situaciones peculiares que no serían amparables por el principio general de igualdad ante la ley (STC 50/1986, 84/1987, 86/1987, etc.). La legitimación para recurrir en amparo puede extenderse a las organizaciones representativas de funcionarios, ya que el concepto de «interés legítimo a que alude el artículo 162.1.b) de la Constitución es un concepto más amplio que el de interés directo...» (STC 47/1990).

— Este derecho del artículo 23.2 actúa no sólo en el momento del acceso a la función pública, sino a lo largo de la relación funcional, incluyendo los su-

(11) Artículo 23.2:

«Asimismo (los ciudadanos) tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes.»

puestos de cese (STC 75/1983, 15/1988, 47/1989, etc.), si bien cabe una cierta atenuación en la intensidad con que operan los principios de mérito y capacidad «según se trate de acceso a la carrera o de la ulterior provisión de vacantes dentro de ella, puesto que aquí cabe ya tener en cuenta otros criterios distintos en atención a una mayor eficacia del servicio o a la prosecución de otros bienes constitucionalmente protegidos» (STC 200/1991).

— La mención del artículo 23.2 a «los requisitos que señalen las leyes» conduce a proscribir la posibilidad de que la Administración regule autónomamente los procedimientos de acceso a la función pública (STC 209/1987, 78/1990, 4/1991, etc.), si bien no cabe excluir totalmente a la potestad reglamentaria para la fijación de determinados requisitos (STC 47/1990). Al mismo tiempo, dado que el derecho es de configuración legal, el legislador tiene un amplio margen de decisión para establecer los diferentes requisitos y condiciones de los aspirantes a la función pública, según los distintos cargos y puestos a cubrir (STC 50/1986, ATC 162/1986, STC 75/1983, si bien esta última fue resuelta gracias al voto de calidad del presidente). Sin embargo, el margen del legislador no avala la creación de desigualdades arbitrarias que sean incompatibles con los principios de mérito y capacidad, ya que el derecho del artículo 23.2 de la CE se encuentra en conexión necesaria con el artículo 103.3 (STC 75/1983, 50/1986, 148/1986, 192 y 193/1987, 75/1988, etc.). Por ello sólo excepcionalmente y como medidas de carácter singularísimo y transitorio —como ha ocurrido por la necesidad de configurar *ex novo* las Administraciones Autonómicas— caben en el acceso a la función pública «turnos restringidos», por lo que «la desigualdad de trato... por la sola razón de la existencia o no de un período previo de servicios administrativos... ha de ser estimada como arbitraria e incompatible con los principios de mérito y capacidad» (STC 67/1989). El establecimiento de diferencias sólo será posible si guardan relación con el principio de mérito y capacidad, pudiendo el tiempo de servicios ser un mérito evaluable, pero no convertirse en título de legitimación exclusivo (STC 27/1991). Además, la valoración de los méritos de los candidatos debe hacerse exclusivamente por comisiones calificadoras constituidas por personas dotadas de la debida cualificación en la materia (STC 215/1991). Finalmente, y como anticipábamos en el epígrafe anterior, la excepcionalidad y singularidad de las llamadas pruebas restringidas decaen cuando se trata de una promoción entre quienes ya pertenecen a la función pública y se trata de acceder a plazas de nivel superior (STC 50/1986).

— La jurisprudencia constitucional permite también abordar determinados temas específicos en relación con este derecho del artículo 23.2 de la CE, que de forma esquemática pasamos a resumir:

- El derecho es compatible con la potestad organizativa de la Administración, por lo que no existe un sacrosanto derecho al cargo concreto, cabiendo una reorganización que suprima puestos concretos o su transformación (STC 18/1987, 10/1989).

- También es compatible con el llamado derecho o turno de consorte en la provisión de puestos vacantes mediante concursos de traslado (STC 192/1991 y 200/1991).
- «La exigencia del conocimiento del idioma que es oficial en el territorio donde actúa la Administración a la que se aspira a servir es perfectamente incluíble dentro de los méritos y capacidades requeridos... siempre que no se utilice la exigencia... de manera irrazonable y desproporcionada...» (STC 46/1991).
- La no correlación estricta entre identidad de retribuciones e identidad de titulación no quiebra el derecho, ya que el legislador puede tener en cuenta otros elementos diferenciadores, siempre que estos sean reales y no discriminatorios (STC 7/1984, 29/1987, 77/1990, 145/1991, etc.).

El especial énfasis que hemos puesto en el tratamiento de los extremos anteriores deriva de su vinculación con el derecho fundamental contemplado en el artículo 23.2 de la Constitución. La referida vinculación constituye un elemento determinante para considerar, por el juego combinado de la competencia estatal articulada en los artículos 149.1.1 y 149.1.18, que se trata de aspectos subsumibles dentro de las bases estatales en materia de función pública. Lo mismo ocurrirá, a mi juicio, con todos aquellos aspectos que tengan relación con derechos fundamentales como pueden ser los referentes al derecho de sindicación y representación colectiva de los funcionarios (STC 98/1985) y sin que en modo alguno queramos decir que lo básico queda reducido a lo vinculable al ejercicio de derechos fundamentales, sino que esto último constituye parte indudable de lo básico.

Estas consideraciones permiten abrir la segunda parte de la exposición, referida a

III. LAS BASES DEL RÉGIMEN ESTATUTARIO DE LOS FUNCIONARIOS

A) *A vueltas con la noción de bases y su desarrollo*

A estas alturas resulta ya sobradamente conocida la doctrina constitucional sobre las bases, legislación básica, normas básicas, términos todos ellos equivalentes y que no encierran ninguna distinción constitucional y, asimismo, sobre el énfasis puesto en los primeros momentos en el concepto material de lo básico para, posteriormente, acentuar la exigencia de un concepto formal. Sin embargo, por su valor de resumen, no es ocioso traer a colación algunos párrafos de la STC 69/1988, sumamente reveladores:

«En los primeros años de vigencia de la C., ... la tarea urgente que imponía la implantación del sistema de distribución de competencias... resultaba inevita-

ble que el concepto material de “norma básica” adquiriese excepcional relevancia al objeto de conseguir, de la manera más rápida y eficaz, la progresiva determinación de los espacios normativos estatal y autonómico...

Superada esta inicial situación por la realidad actual de un orden distributivo competencial en avanzado estado de construcción, este componente formal adquiere mayor trascendencia como garantía de certidumbre jurídica en la articulación de las competencias estatales y autonómicas...

En virtud de ello, manteniendo el concepto material de lo básico como núcleo sustancial de la doctrina de este TC, procede exigir con mayor rigor la condición formal de que la “norma básica” venga incluida en Ley votada en Cortes que designe expresamente su carácter de básica o esté dotada de una estructura de la cual se infiera ese carácter con naturalidad...» (12).

Pues bien, hemos visto con anterioridad la íntima relación entre los dispuesto en el artículo 149.1.18 y el artículo 103.3 de la Constitución, que no se refiere solamente a los funcionarios de la Administración del Estado, sino a todos los funcionarios públicos en general. Y ya hemos visto también como, con absoluta rotundidad, se produce un llamamiento expreso a que sea la ley, y no cualquier otra norma jurídica, la que regule el estatuto de los funcionarios públicos. Así que en esta materia, y desde la perspectiva que ahora abordamos, no hay ningún problema que derive de la utilización de un concepto material de bases, superponiéndose en el tema que nos ocupa los conceptos material y formal. Ahora bien, aunque lo básico resulte amparado por la formalidad de una norma con rango de ley y aunque ésta declare expresamente lo que tiene este carácter, también sabemos que «careciendo las normas básicas estatales de efectos atributivos de competencias», esto es que una norma no será básica porque así lo decida el legislador estatal sino porque deba ser básica desde el punto de vista constitucional y estatutario, corresponde al Tribunal Constitucional «la función de defensa del sistema de distribución de competencias» (13), por lo que será éste el que determine, en última instancia, lo que tiene o no carácter básico. Pero la doctrina constitucional en esta materia no debe ni puede entenderse, como es lógico, en el sentido de que lo básico no lo sea hasta la obtención del respaldo correspondiente por el Tribunal Constitucional, lo que además no sería posible en un sistema de Justicia rogada en el que el TC no examina nunca de oficio las disposiciones normativas, sino que norma básica será la así determinada por el legislador estatal, salvo que el Tribunal Constitucional expresamente niegue tal carácter como consecuencia del correspon-

(12) STC 69/1988, FJ. 6.

(13) Los entrecorridos de este párrafo corresponden al FJ. 5 de la STC 69/1988.

diente procedimiento *ad hoc* que ante él se siga. Y debe tenerse en cuenta que el binomio «bases-desarrollo» constituye un claro ejemplo de zonas en que el reparto competencial presenta una delimitación variable y, como se ha dicho la fijación de las bases estatales no puede considerarse absolutamente desligada de consideraciones de tiempo y oportunidad: cabe, por ejemplo, que el legislador considere prescindibles en un momento dado normas que en un momento anterior pudieron haber cumplido una función garantizadora de un estándar mínimo irrenunciable. O, por el contrario, cabrá que el legislador, para enfrentarse a nuevas condiciones sociales y económicas, ampliara el ámbito de la normativa básica. *Existe así un cierto margen del legislador estatal dentro de los límites constitucionales* (14). Concretamente, desde la Sentencia 227/1988, el Tribunal Constitucional sostiene que

«Una cosa es que el legislador estatal realice, con pretensiones normativas de validez general, una interpretación genérica y abstracta del sistema constitucional y estatutario de división de competencias, ... y otra muy distinta que ejerza las potestades normativas que la Constitución y los Estatutos de Autonomía le atribuyen específicamente para la regulación de un sector material del ordenamiento. El desarrollo de esta actividad requiere, como presupuesto lógico, una interpretación del alcance y los límites de la competencia legislativa del Estado...» (15).

Desde esta sentencia, el ejercicio por el Estado de sus competencias, que, por otro lado, está obligado a ejercer, incluyendo las referidas a la normativa básica sobre una materia, aún cuando suponga forzosamente una interpretación de la Constitución no puede considerarse sin más que ello equivalga a incidir con carácter general en la delimitación de competencias (lo que no sería constitucionalmente admisible), sino que es «una toma de posición sobre la delimitación de las respectivas competencias estatales y autonómicas,...en relación con una decisión concreta y como base de ésta» (16).

Llegados a este punto, debemos despejar un problema suplementario que el Tribunal Constitucional ya consideró en la temprana fecha de 1981: el de que no siempre es fácil determinar que es

«lo que haya de entenderse por regulación de las condiciones básicas o estable-

(14) Confr. LUIS LÓPEZ GUERRA: «Técnica legislativa y legislación estatal con incidencia en las Comunidades Autónomas», en el libro *El funcionamiento del Estado Autonómico*, MAP, Madrid, 1996, pág. 539.

(15) STC 227/1988, FJ. 3.

(16) LUIS LÓPEZ GUERRA: «Técnica legislativa...», *ob. cit.*, pág. 540.

cimiento de las bases del régimen jurídico, y parece imposible la definición precisa y apriorística de ese concepto» (17).

y, como nos recuerda el profesor Pérez Tremps, ello lleva necesariamente a considerar que tampoco es fácil determinar que es desarrollo de lo básico, apuntando para ello hasta once criterios interpretativos sobre los que nos advierte además que carecen de carácter exhaustivo (18). Para añadirnos: «Sería extraordinariamente complejo hacer una tipología completa de las maneras en que el poder del Estado ha concretado sus competencias básicas... En unos casos las bases se formulan como máximos, en otros como mínimos; en unos su estructura es permisiva, en otros prohibitiva, etc... Todas las posibles combinaciones son posibles... Ahora bien... conviene tener presente que no se trata de categorías absolutas, *de manera que en una misma regulación pueden coexistir distintos tipos de bases*, aunque normalmente predomine uno de ellos...» (19).

Pues bien, en mi opinión, en la materia «bases del régimen estatutario de los funcionarios» nos encontramos con un tipo de bases de carácter mixto y, por seguir la terminología de Pérez Tremps, encontramos entre ellas Bases-principios y, en muchos aspectos concretos, Bases-fragmentarias. Por Bases-principios entendemos las «normas que establecen criterios generales comunes para todo el territorio nacional...(respecto a las que) la tarea de desarrollo se traduce en la necesidad de concretar esos criterios generales a la vista de las circunstancias específicas de cada Comunidad Autónoma» (20). Así, por ejemplo, será básica la regulación del acceso a la función pública en condiciones de igualdad y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, pero no será básico, y por lo tanto no tiene que ser único y uniforme en todo el territorio, el esquema configurador de los Tribunales evaluadores de dichos principios, cubriendo respecto de sus Administraciones Públicas dependientes (la autonómica y la local) una cierta libertad de configuración de las CC. AA. que tengan reconocidas en este extremo competencias normativas (21).

Bases-fragmentarias, aunque creo que aquí la terminología de Pérez Tremps no es muy afortunada, serían aquéllas en que de una materia se extrae un aspecto o sector determinado y, respecto del mismo, el Estado lo ocupa de forma muy amplia por entender que lo básico requiere se descienda hasta el ni-

(17) STC 32/1981.

(18) PABLO PÉREZ TREMPs: «Legislación Autonómica de desarrollo», en el libro *El funcionamiento del Estado Autonómico*, MAP, Madrid, 1996.

(19) PABLO PÉREZ TREMPs: «Legislación Autonómica...», *ob. cit.*, pág. 566.

(20) PABLO PÉREZ TREMPs: «Legislación Autonómica...», *ob. cit.*, pág. 567.

(21) STC 85/1983, sobre procedimiento de ingreso en la función pública local.

vel de detalle. Tal podría ser el caso, por ejemplo, del elenco de faltas muy graves dentro del régimen disciplinario de los funcionarios o de la determinación de las situaciones de los funcionarios.

Dicho esto, debe tenerse en cuenta que la articulación Bases-desarrollo legislativo no significa división de la competencia normativa entre el Estado y las CC. AA. en todos los casos y supuestos posibles, sino que queda referida exclusivamente a la existencia de cuerpos de funcionarios dependientes de las CC. AA. La competencia exclusiva del Estado sobre las bases del régimen estatutario de los funcionarios se refiere a todas las Administraciones Públicas, es decir también a las autonómicas y locales; pero la contrapartida no consiste en que el desarrollo legislativo sea materia reservada en exclusiva a las CC. AA. Por decirlo con palabras del Tribunal Constitucional:

«no es cierto...que en el régimen estatutario de funcionarios que no pertenecen a los Cuerpos de las Comunidades Autónomas tengan éstas la competencia del desarrollo legislativo de las bases establecidas por el Estado, ya que en sus respectivos Estatutos de Autonomía han asumido tal competencia *sólo para el régimen estatutario de sus propios funcionarios...*» (22).

Luego el desarrollo de las bases compete también al Estado, habiendo establecido la jurisprudencia constitucional la posibilidad de su realización mediante normas reglamentarias siempre que no incidan en los aspectos sustanciales del Estatuto funcional, conforme a la doctrina establecida en la Sentencia 99/1987, consistente en considerar constitucional la remisión al reglamento cuando lo sea estrictamente para desarrollar y complementar una previa determinación legislativa.

La combinación de una tipología de «bases» que pueden casi agotar la materia a regular y de un desarrollo normativo autonómico que sólo puede referirse constitucionalmente a sus propias Administraciones, conlleva la consecuencia lógica de que, aunque existen leyes reguladoras de la función pública en la totalidad de las CC. AA., como nos recuerda Fernández Farreres, «todas esas leyes, a salvo algunas singularidades, son prácticamente coincidentes, al no ser ciertamente amplio el ámbito de disponibilidad dejado a las mismas a pesar de las previsiones de los Estatutos de Autonomía, y también porque seguramente ha faltado “imaginación” en la articulación y desarrollo de los resquicios dejados por la normativa estatal» (23). Yo, desde luego, no lamento la «falta de imaginación» pues ya tenemos suficientes complicaciones interordinamentales

(22) STC 235/1991, FJ. 2.

(23) GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES: «Régimen Jurídico...», *ob. cit.*, pág. 65.

para buscar otras adicionales, pero subrayo la locución «resquicios dejados por la normativa estatal» por su rotunda expresividad.

B) *Lo básico según el legislador estatal tras la S TC 99/1987*

Desde otro ángulo cabe afirmar que la «reconstrucción» del Estatuto de la Función Pública que hizo la Ley 23/1988, recogiendo la doctrina establecida en la Sentencia TC 99/1987 dictada en el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley de Medidas para la Reforma de la Administración Pública 30/1984, permite sin duda establecer que la normativa identificada como básica por el legislador estatal se constituye efectivamente en tal, pues admitiendo la Constitución «dentro de límites más o menos abstractos, normativas básicas más extensas o más reducidas» (24), el legislador estatal ha hecho, en un momento dado, su propia estimación de en que consiste en esta materia el interés general del Estado, completando esta estimación mediante las reformas parciales que han ido siendo introducidas por las leyes 3/1989, 4/1990, 22/1993, 27/1994, 4/1995 y, finalmente, por la ley 13/1996, así como las derogaciones parciales efectuadas por la ley orgánica 9/1995, la ley 31/1991 y los reales decretos legislativos 670/1887 y 1/1994. Asimismo, debe tenerse en cuenta la existencia de una abundante jurisprudencia constitucional de tenor muy casuístico en supuestos determinados (25), que hace imposible en ocasiones posicionarse con rotundidad por cuánto

«en la articulación de las bases y de su desarrollo..., el sentido y alcance de aquéllas ha de ser obtenido mediante los criterios o técnicas hermenéuticas propias de la lógica jurídica, atendiendo, por supuesto a su función y a su finalidad, sin quedarse en la superficie literal del texto. Por otra parte, el desarrollo implica de suyo no sólo un complemento más detallado de lo que sea genérico sino también de lo específico, teniendo en cuenta las peculiaridades de cada sector o de cada Administración. Ciertamente, esa técnica de articulación com-

(24) MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN: *Derecho de...*, ob. cit., pág. 69.

(25) El repertorio Aranzadi de Jurisprudencia Constitucional registra hasta el 31 de diciembre de 1996 126 Sentencias y Autos en la voz «Función Pública» y 165 en la voz «Funcionarios».

Como ejemplo del casuismo en la jurisprudencia constitucional puede verse la STC 172/1996, dictada en el conflicto positivo de competencia promovido por el Gobierno contra el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, en relación con el Decreto 307/1985, sobre normas y procedimiento para la aplicación de las incompatibilidades al personal sanitario al servicio de la Generalidad de Cataluña. En cuatro supuestos específicos el Tribunal declara violada la normativa básica y en otros cuatro declara inexistente su violación.

petencial construida sobre la distinción entre lo básico y su desarrollo, en una determinada materia, exige ante todo, con carácter primordial, el absoluto respeto de lo primero por parte de lo segundo. *El legislador autonómico, en otras palabras, debe en tales supuestos respetar escrupulosamente las normas básicas dictadas por el Estado. Ahora bien, ese respeto no significa reverencia a lo literal, pues también en el caso de las normas básicas ha de extraerse su sentido y alcance del contexto sistemático y de su finalidad. Esto que es así para el Juez, es válido también para el legislador»* (26).

Con estas salvedades y cautelas podemos en principio dar como válido el elenco de normas básicas que, con respecto al texto vigente de la ley 30/1984, estableció la ley 22/1993 de 29 de Diciembre al dar una nueva redacción al artículo 1.3 de aquélla (27). En consecuencia constituyen normas básicas:

En materia de empleo público

— La aprobación por parte del Gobierno, previa deliberación del Consejo Superior de la función pública, de los criterios para coordinar la programación de las necesidades de personal a medio y largo plazo de las Administraciones Públicas y de los criterios de coordinación de los planes de oferta de empleo de las Administraciones Públicas [art. 3.2.e) y f)].

— Los criterios para la elaboración de Planes de Empleo y oferta de empleo público (art. 18), *si bien se admite que las CC. AA. y las Corporaciones Locales pueden adoptar, además, otros planes de racionalización de sus recursos humanos (disp. adic. 21.ª)* (28).

— La prohibición general de contratos temporales en régimen de derecho administrativo (disp. adic. 4.ª), *salvo en personal docente (disp. adic. 20.ª)*.

— La pérdida de retribuciones en caso de huelga, sin carácter de sanción administrativa (disp. adic. 12.ª).

En materia de estructura de la Función Pública

— El establecimiento de Grupos de Clasificación de funcionarios (art. 25), con estructura homogénea de retribuciones (básicas y complementarias) e igualdad de las cuantías de las retribuciones básicas para todas las Administraciones Públicas en función de los Grupos de clasificación (arts. 23 y 24).

(26) STC 172/1996, FJ. 1.

(27) Ténganse en cuenta las modificaciones introducidas en la Ley 30/1984 por las disposiciones anteriormente citadas en el texto, la última de las cuales es la Ley 13/1996.

(28) Ponemos en cursiva lo que no es básico en sentido estricto y declarado como tal por el legislador, pero guarda una estrecha relación con ello.

— El mecanismo de ordenación de adscripción y las funciones de los Cuerpos y Escalas (art. 26).

En materia de regulación de la carrera administrativa

— Los criterios de objetivación y procedimientos de selección para la provisión de puestos de trabajo (arts. 19.1, 3. y 20 1.a) y b) primer párrafo, c), e) y g), párrafos primero a cuarto, 2 y 3).

— La promoción profesional: grado y niveles de puesto de trabajo (art. 21), y fomento de la promoción interna (art. 22.1 excepto los dos últimos párrafos).

— La regulación de las distintas situaciones de los funcionarios (art. 29, salvo el último párrafo de los puntos 5.6 y 7).

— La tipificación de las faltas muy graves (art. 31).

— El reenvío en materia de beneficiario de asistencia sanitaria al Régimen General de la Seguridad Social (art. 32).

— La regulación de la jubilación forzosa (art. 33).

— La fijación de criterios específicos respecto a determinados temas en relación con la función pública docente (disp. adicional 15.^a).

En materia de Órganos Superiores de la Función Pública

— La existencia, composición y funciones del Consejo Superior de la Función Pública (arts. 6, y 7).

— La existencia, composición y funciones de la Comisión de Coordinación de la Función Pública (art. 8).

En materia de función pública autonómica y local

— El obligado respeto a los grupos establecidos de clasificación de funcionarios (art. 11).

— El respeto al grupo del Cuerpo o Escala y a los derechos económicos inherentes al grado personal de los funcionarios transferidos (art. 12.1), así como a su sistema de Seguridad Social o de previsión (disp. adicional tercera punto 3).

— La creación de la situación especial de servicios en Comunidades Autónomas (art. 12.2).

— La obligada creación de Registros de Personal (y también las Entidades Locales), con contenidos mínimos homogeneizadores regulados por el Gobierno (art. 13.2.3.4).

— La determinación de la plantilla de todo el personal autonómico en las respectivas Leyes de Presupuestos (e igualmente a través de sus presupuestos el de las Administraciones Locales (art. 14.4 y 5).

— La obligación por parte de las CC. AA. y de la Administración Local de formar sus relaciones de puestos de trabajo (art. 16) y, en función de ellas, la

movilidad de funcionarios entre la Administración del Estado y las de las Comunidades Autónomas, los de éstas entre sí y las Administraciones Locales entre sí y con la Administración de la C. A. en que se inserten (art. 17).

Otras disposiciones que incorporan normativa básica

— En materia de *incompatibilidades*: Ley 53/1984, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Esta ley fue objeto de una declaración genérica del T.C. referida a su carácter de básica *in toto* (STC 178/1989), es decir, la materia «incompatibilidades» es susceptible de merecer la condición de bases en el sentido definido por el Tribunal, sin perjuicio del concreto examen por parte de éste de la validez o invalidez de cada uno de sus preceptos, en caso de ser requerido para ello, como han recordado las Sentencias 172/1996 y, muy recientemente, la 73/1997.

— Sobre *negociación colectiva* en el ámbito funcional: Ley Orgánica 11/1985, de Libertad Sindical; Ley 9/1987, de Órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, modificada a su vez por las Leyes 7/1990, 18/1994 y Real Decreto Legislativo 1/1995. (Con las salvedades, respecto a la Ley 9/1987, introducidas por la STC 43/1996.)

— Sobre *Función Pública Local*: Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local; R.D. Legislativo 781/1986, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local; Ley 10/1993 y Real Decreto Legislativo 2/1994, modificadoras de los anteriores; Reales Decretos 861/1986 y 1174/1987 sobre retribuciones de los funcionarios de la Administración Local y sobre Régimen Jurídico de los funcionarios con habilitación de carácter nacional, respectivamente, afectados a su vez por los Reales Decretos 1732/1994 y 158/1996.

Conviene puntualizar que la Comunidad Autónoma de Navarra constituye una excepción al esquema general del binomio bases-desarrollo en materia de función pública, por cuanto la STC 140/1990 estableció que Navarra, en razón de sus derechos históricos, ejerce una competencia en materia de función pública que incluye lo que en cada momento haya de considerarse como régimen estatutario de los funcionarios públicos; competencia cuyos límites no están en cualesquiera previsiones contenidas en la legislación estatal básica, sino única y exclusivamente en aquellas que se refieren a los derechos y obligaciones esenciales o sean resultado de competencias estatales inherentes a la unidad constitucional (29).

(29) Esta Sentencia 140/1990 pone de manifiesto la existencia de un derecho histórico navarro, de evolución acreditada, que incluye una serie de competencias que ya ejercía Navarra antes de promulgarse la Ley Orgánica de Amejoramiento del Fuero Navarro (LORAFNA).

C) *El proyecto de Estatuto Básico de la Función Pública*

Este inmenso y diseminado conjunto de temas es el que se pretende agrupar y sistematizar en el Estatuto Básico de la Función Pública, cuyo Proyecto ha sido presentado por el Ministerio de las Administraciones Públicas y está siendo objeto de análisis y negociaciones en el seno de la Comisión de Coordinación de la Función Pública (30). Una primera aproximación al borrador de dicho Proyecto no encuentra mayor novedad (en cuanto a los temas que se incluyen y no en lo referido al contenido concreto de cada uno, que no puede ser objeto de análisis en esta Ponencia) que la creación de la Conferencia Sectorial de la Función Pública (aunque ya anticipada en parte en la actual Comisión de Coordinación) como máximo órgano de diseño y coordinación de la política de recursos humanos de las Administraciones Públicas y de cooperación entre ellas. Por lo demás resulta muy plausible la sistematización que efectúa el borrador, a tenor de la siguiente ordenación, en cuya enumeración seguimos los capítulos del mismo:

I. Objeto, ámbito de aplicación y principios de ordenación de la Función Pública. II. Clases de personal. III. Planificación de los recursos humanos. IV. Selección del personal al servicio de las Administraciones Públicas. V. Comienzo y fin de la relación estatutaria. VI. Régimen de derechos de los funcionarios públicos. VII. Deberes de los funcionarios. Ética del servicio Público. VIII. Clasificación de los funcionarios públicos. IX. Ordenación de la actividad profesional. X. Función Directiva. XI. Provisión y movilidad. XII. Carrera Profesional y promoción interna. XIII. Sistema retributivo. XIV. Vacaciones y permisos. XV. Situaciones administrativas. XVI. Régimen disciplinario. XVII. Incompatibilidades. XVIII. Seguridad Social de los empleados públicos. XIX. Sistema de representación, participación y negociación colectiva. XX. La coordinación de las Administraciones Públicas en materia de Función Pública.

A esta sistemática se añaden cuatro disposiciones adicionales, respectivamente referidas a especificidades del Servicio de Correos, Estatuto de la Función Pública de las Corporaciones Locales, determinación de la aplicación del capítulo XVII sobre incompatibilidades y aplicación del Estatuto en Navarra, como consecuencia de la STC 140/1990 anteriormente citada (31); así como las pertinentes normas de Derecho Transitorio.

Por contra la Sentencia establece que las competencias del País Vasco en la materia han de enmarcarse en el marco del Estatuto de Autonomía y, también y principalmente, en el de la Constitución, ya que se refiere a los derechos históricos de los territorios forales, pero no a las competencias de la Comunidad Autónoma Vasca.

(30) Las XXVIII Jornadas de dicha Comisión se dedicaron precisamente a este análisis.

(31) Véase nota 29.

Creemos sinceramente que la sistematización pretendida por el borrador resulta elogiable porque permitirá agrupar las bases del Estatuto de la función pública en un texto único, a modo de codificación de lo esencial, lo que resulta sumamente útil en el complejo sistema jurídico del Estado de las Autonomías.

Dos aspectos concretos del borrador de Estatuto han merecido el reproche en el Parlamento de los grupos de la oposición: la supuesta consagración de la libre designación en el nombramiento de los puestos directivos y la flexibilización del régimen de incompatibilidades de los funcionarios (32). Respecto al primer extremo, el artículo 37.1 del borrador del nuevo Estatuto establece la definición de órgano directivo, lo que llevará sin duda a un catálogo de los mismos, por lo que no apreciamos diferencias sustantivas con el sistema hoy vigente, que recoge la posibilidad de la libre designación para los puestos de carácter directivo que así se determinen en las relaciones de puestos de trabajo (art. 51.2 del R.D. 364/1995). Además el artículo 38.4 del borrador obliga a un concurso de méritos específico para el desempeño de la función directiva, cuya valoración supondrá *como mínimo* el 50 por 100 de la puntuación máxima total, lo que introduce elementos de mayor objetividad. Por lo que al segundo tema se refiere y sin entrar a analizar la justeza o no del reproche cabe decir que, dentro del marco constitucional, el legislador dispone de un amplio margen de configuración cuyo límite se encuentra en la necesidad de que el sistema de incompatibilidades que se establezca garantice los principios constitucionales de eficacia e imparcialidad en el ejercicio de la función pública.

Por otro lado, conviene resaltar que el artículo 4.º del borrador prevé que en desarrollo del Estatuto Básico de la Función Pública se dicten los (concretos) Estatutos de la Función Pública de:

- La Administración del Estado.
- Las Administraciones de las CC. AA.
- Las Corporaciones Locales.
- El personal docente de las Universidades.
- El personal docente de niveles de enseñanza no universitarios.
- El personal investigador.
- El personal estatutario de las Instituciones Sanitarias Públicas.

los cuales deberán tener en cuenta los Principio de Ordenación de la Función Pública que en el artículo 5 del borrador de Estatuto Básico se consignan. Aquí, desde un punto de vista constitucional, se planteará el problema de determinar si lo básico puede extenderse *in toto* a su propio desarrollo, en función del carácter sectorial de ese desarrollo y, consecuentemente, cual será el ámbi-

(32) «El País», jueves 5 de junio de 1997, pág. 23.

to residual de desarrollo normativo que corresponderá aisladamente a cada Comunidad Autónoma. En este sentido deberán hacerse todos los esfuerzos posibles para que dicha legislación sectorial sea la resultante de los acuerdos que al respecto se produzcan en la Conferencia Sectorial de la Función Pública, en particular a través de su órgano dependiente, la Comisión de Coordinación, encargada de hacer efectiva la coordinación entre la Administración del Estado y las Comunidades Autónomas, que a tenor del artículo 101.2.g) debe estudiar y analizar, y en su caso, emitir informe sobre los proyectos legislativos en materia de Función Pública, en un contexto en el que «la cooperación entre las Administraciones Públicas constituirá el eje del funcionamiento del sistema general de la Función Pública y se materializará en forma de Acuerdos o Convenios» (33). Sólo nos resta añadir que así sea.

(33) Artículo 101.3 del borrador del Estatuto Básico.