

La delimitación de funciones entre las distintas clases de personal

Eduardo Gamero Casado

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla.

Consejero de Montero Aramburu Abogados.

Correo-e: gamero@upo.es

SUMARIO: I.- ENCUADRE. 1.- La problemática delimitación de funciones entre clases de personal. 2.- Evolución y polisemia del concepto de potestad administrativa o pública. II.- FUNCIONES RESERVADAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL ART.9.2 TREBEP. 1.- Interpretación restrictiva (auténtica y doctrinal), de los puestos reservados a funcionarios. 2.- La jurisprudencia del TJUE. 3.- La jurisprudencia del Tribunal Supremo. 4.- Breve mención a la legislación autonómica comparada. 5.- El Proyecto de Ley de Función Pública de la Administración del Estado de 16 marzo de 2023. III.- FUNCIONES QUE PUEDEN DESEMPEÑAR LOS EMPLEADOS LABORALES. IV.- EL ART.15 LFPA: UN PRECEPTO CON TRES CAPAS; 1.- Teleología y estructura del precepto. 2.- Las funciones reservadas a funcionarios públicos. 3.- Funciones que pueden realizar los empleados laborales. V.- ATRIBUCIÓN DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS A ENTIDADES CON PERSONALIDAD DE DERECHO PRIVADO: LA MODIFICACIÓN DEL ART.75.2 LAJA. BIBLIOGRAFÍA CITADA

RESUMEN: La delimitación de funciones entre las diferentes clases de personal viene provocando conflictos de gran envergadura en la ordenación del empleo público. La línea divisoria entre funciones reservadas a funcionarios públicos y empleados laborales no es clara en el art. 9.2 TREBEP. La confusión reinante obedece en gran parte a la polisemia del concepto de potestad administrativa, que se delimita por el Tribunal Supremo con una amplitud mayor de la que se atribuyó a este precepto cuando se aprobó en 2007. La Ley 5/2023, de Función Pública de Andalucía, hace un esfuerzo por delimitar claramente las funciones de cada clase de personal, en una apuesta valiosa, alineada con el Derecho estatal y acorde con el concepto de potestad administrativa en el alcance que actualmente se infiere del Ordenamiento jurídico.

PALABRAS CLAVE: clases de personal; potestad administrativa; funcionarios públicos; reserva de funciones

ABSTRACT: The demarcation of functions between the different categories of public employees has been causing major conflicts in the management of public employment. The dividing line between functions which are reserved for civil servants, and those available for labour employees, is not clear in art. 9.2 TREBEP. The prevailing confusion is largely due to the polysemy of the concept of public power (potestad administrativa), which is defined by the Supreme Court with a wider scope than was attributed to this precept when it was enacted in 2007. Law 5/2023, on the Andalusian Civil Service, makes an attempt to clearly delimit the functions of each class of personnel, in a valuable move, in line with State law and in accordance with the concept of administrative authority in the scope currently inferred from the legal system.

KEY WORDS: classes of public employees; public power; civil servants; reserve of functions.

I. ENCUADRE

1. La problemática delimitación de funciones entre clases de personal

La línea divisoria entre funciones reservadas a funcionarios públicos y funciones que pueden desempeñarse por personal laboral es muy difusa y, sobre todo, controvertida. Está dando lugar a una jurisprudencia desconcertante y aparentemente contradictoria, difícil de encajar en los preceptos legales que regulan la materia, especialmente tras la promulgación de las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) y 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). La inseguridad jurídica acecha a los gestores públicos, incapaces de determinar hasta dónde llega el perímetro de las funciones reservadas a los funcionarios y dónde comienza el ámbito de las tareas que pueden desempeñarse por empleados laborales.

El problema es grave, porque afecta a las personas: no es indiferente dotar u ocupar una plaza de funcionario o de trabajador laboral. Pero también es grave porque afecta a la organización y a la validez de sus actuaciones: si una función se encuentra reservada a funcionarios y la desempeña un empleado laboral puede desembocar en la anulación de los actos que se hayan dictado en su ejercicio. Ya es desasosegante no poder predecir qué naturaleza han de tener los puestos de trabajo, generando incertidumbre a la hora de confeccionar las plantillas; pero la ansiedad

se acrecienta cuando correlativamente el error en la atribución de la función puede acabar dando al traste con la actuación administrativa y, consiguientemente, en la frustración del interés general comprometido en su ejercicio.

El precepto central en toda esta problemática es el art. 9.2 TREBEP, que conserva la redacción inicial de 2007. Como es sabido, bajo la rúbrica “Funcionarios de carrera”, dispone lo siguiente: “En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponde exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”.

Como veremos con detalle más adelante, el precepto utiliza dos conceptos diferentes para delimitar las funciones que se reservan a los funcionarios de carrera: *i)* El ejercicio de las potestades públicas; y *ii)* La salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones públicas. De ambos criterios, el que viene generando la problemática principal es el relativo al ejercicio de potestades públicas, por tratarse de un concepto que no dispone de una definición legal ni de acepción unívoca en nuestro Derecho, siendo utilizado por diversos preceptos normativos con diferentes cargas semánticas, y siendo así que la jurisprudencia también parece manejar nociones diferentes cuando alude a esta expresión. Se trata, en efecto, de un concepto que no aparece expresamente definido en ninguna disposición normativa, forzando al intérprete a inferirlo del conjunto de piezas que le ofrece el Ordenamiento jurídico¹. Recientemente hemos desplegado un considerable esfuerzo, en una obra colectiva, para intentar ofrecer un concepto coherente de *potestad administrativa*, integrando una gran variedad de materiales (preceptos legales, jurisprudencia, doctrina), desde diferentes ángulos y perspectivas: análisis de ámbitos sectoriales; inducción de una teoría general; entrecruzamiento de sujetos –Administraciones territoriales, entidades instrumentales– y funciones –según supongan o no ejercicio de autoridad–; etc. Aquí resulta imposible trasvasar todo ese despliegue argumental, centrándonos en resumir su esencia y remitiendo a esta obra colectiva para ampliar tanto la argumentación como sus fuentes².

¹ Vid. FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *Sistema de Derecho Administrativo*, vol.1, Civitas-Tomson-Reuters, Cizur Menor, 2018, pp.86 ss., quien insiste especialmente en la confusión que plantea el empleo del término potestad administrativa por las dos razones ya expuestas, con profusión de ejemplos. En similar sentido, MARTÍN REBOLLO, L.: “La nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común”, *REDA*, nº 174, 2015, p.17; y SÁNCHEZ MORÓN, M.: “Una reforma precipitada, o la desarticulación gratuita del régimen jurídico de las Administraciones públicas”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, nº 36, 2015, p. 23; entre otros.

² Véase GAMERO CASADO, E. (Dir.): *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, *passim*. No obstante, en lugares puntuales de este trabajo remitiremos a concretos capítulos de la obra.

La premisa del análisis es, por tanto, arrojar algo de luz en todo este escenario, intentando delimitar el concepto de potestad pública, o potestad administrativa, tomando en consideración el conjunto de elementos de que dispone la ciencia jurídica –la legislación, la jurisprudencia, los principios generales del Derecho–, y la capacidad de inducir de ese compendio de materiales un concepto coherente y encajable en las coordenadas contemporáneas del Ordenamiento jurídico. A esa labor dedicamos el apartado siguiente.

Tras esa base conceptual analizaremos el art. 9.2 TREBEP, para exponer lo que quiso decir cuando se aprobó, y las interpretaciones de que está siendo objeto por la doctrina científica y por la jurisprudencia: en particular, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo viene dictando unas sentencias muy relevantes –varias de ellas en asuntos que implicaron a la Administración de la Junta de Andalucía– que es preciso conocer con detalle.

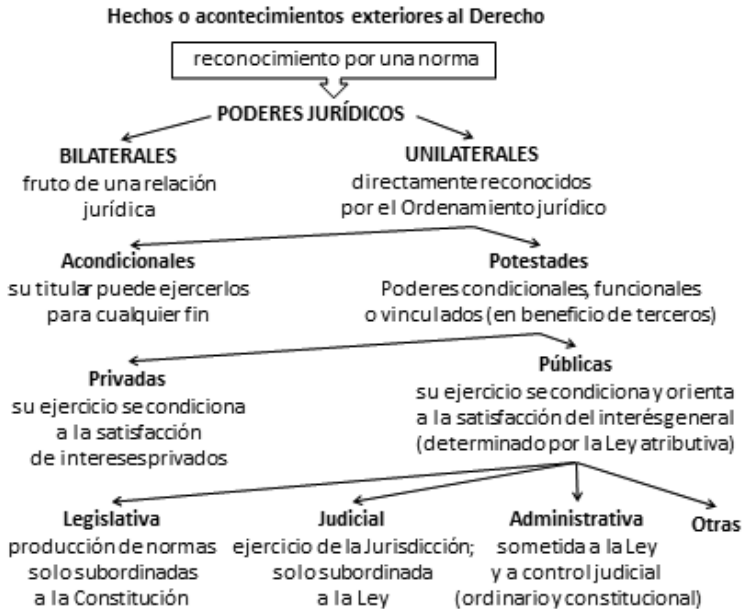
Como hemos comprobado, el TREBEP remite a lo que se establezca en la ley que lo desarrolle para cada Administración pública. La LFPA recoge el guante y no se circunscribe al mimetismo del precepto básico –lo cual sería muy cómodo desde el punto de vista del procedimiento legislativo, pero no solucionaría el problema de fondo que subyace en la cuestión–, sino que, ciertamente, desarrolla y aborda esta cuestión en su artículo 15, rubricado “Funciones del personal funcionario y laboral en la Administración de la Junta de Andalucía”. Es una disposición de cierta extensión, y con una sistemática interna organizada en capas sucesivas. Lo analizaremos con detenimiento una vez encuadrada la cuestión del concepto de potestad y de su concreción en el TREBEP.

Pero, para adquirir una idea completa y cabal, tanto del problema como de las determinaciones por las que opta la LFPA, es igualmente preciso analizar otra importante novedad: la modificación del art. 75.2 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, operada mediante la disposición final 2ª LFPA. A esta relevante novedad dedicaremos el último apartado del trabajo.

2. Evolución y polisemia del concepto de potestad administrativa o pública

En nuestra tradición jurídica parece arraigada la idea de que la potestad administrativa es estrictamente un poder coercitivo, desfavorable, de *imperium*: sanciones, expropiaciones, órdenes de policía administrativa... Sin embargo, tanto el Derecho positivo como la jurisprudencia más reciente –se observa una evolución en sus postulados tradicionales– evidencian que cada vez se abre paso con mayor solidez un concepto de potestad más amplio y omnicompreensivo, que abarca manifestaciones de carácter favorable –como las subvenciones, la adjudicación de

contratos o incluso el gasto público en su conjunto— a las que no se apareja la nota de la ejecutoriedad, aunque sí la de unilateralidad (y su correlato de ejecutividad). Sintetizo a continuación el fruto de otro trabajo, al que remito³, en el que se llega a la individualización de la potestad administrativa respecto de otros poderes jurídicos conforme a la delimitación que resulta de la siguiente figura:



Conforme a esa acotación, cabe definir la *potestad administrativa* como un *poder jurídico unilateral, atribuido conforme al principio de legalidad para la satisfacción del interés general, sometido a la ley y a control jurisdiccional (judicial y constitucional)*. En esta definición hay tres elementos de carácter *diferenciador*, cuya suma o adición permite individualizar a la potestad administrativa respecto de otros poderes jurídicos: *i) Su vinculación a la satisfacción del interés general –carácter funcional–, ii) Su articulación mediante el principio de legalidad –carácter unilateral– y su plena sujeción a la ley, y iii) Su sujeción a control jurisdiccional (judicial y constitucional)*. Estos rasgos diferencian la potestad administrativa de cualquier otro poder jurídico y le otorgan consistencia técnica tanto frente al resto de potestades públicas, como de las potestades privadas.

Pero existen, además, otros rasgos de carácter *identitario*, en cuanto que atributos o componentes necesarios de la potestad administrativa –*intensión* del concepto–, que son por tanto elementos indisolubles de este poder jurídico, y han de analizarse

³ Sobre el concepto de potestad administrativa véase Gamero: 50 ss., donde se desarrolla el Capítulo I de la obra, “Delimitación conceptual de la potestad administrativa”, del que yo mismo soy autor.

indisolublemente unidos a su contexto, aunque no resulten estrictamente precisos para diferenciar la potestad administrativa de otros poderes jurídicos⁴. Tomando en consideración tanto sus rasgos diferenciadores como identitarios, las potestades administrativas se caracterizan por las siguientes notas:

a) Las potestades administrativas son reconocidas directamente por el Ordenamiento jurídico conforme al principio de legalidad –arts. 9.3 y 103.1 CE–. Son las normas las que establecen y atribuyen las potestades administrativas, conforme al principio de legalidad, determinando su alcance y modo de ejercicio. No son fruto de un contrato, pacto o acuerdo de la Administración con otro sujeto, si bien, este tipo de instrumentos jurídicos puede ser la llave que determine la consiguiente aplicación de potestades administrativas por ministerio de la ley: así, la firma de un contrato administrativo permite ejercer sobre el contratista las potestades de dirección, interpretación unilateral, etc., establecidas en la legislación de contratos.

b) Las potestades administrativas son *unilaterales*, esto es, se ejercen sin necesidad de que el destinatario de su actuación esté de acuerdo con ello. A veces, los ciudadanos tienen que dirigir solicitudes o peticiones a la Administración para ejercer un derecho –por ejemplo, para instalar una industria–, pero la Administración les reconoce o les deniega el ejercicio de ese derecho unilateralmente, según cumplan o no los requisitos impuestos por el ordenamiento jurídico.

Es muy importante resaltar que el carácter unilateral de la potestad determina que sus actos de aplicación gocen de la nota de la *ejecutividad*, pero –a pesar de una amplia opinión subyacente en sentido contrario–, no es una nota consustancial o intrínseca a toda potestad administrativa la *ejecutoriedad* o susceptibilidad de ejecución de oficio de sus actos de aplicación, esto es, la capacidad de que la Administración ejecute el acto –por ejemplo, embargando una cuenta corriente– cuando no lo hace la persona obligada. En efecto, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional (STC 22/1984), la ejecutoriedad es una potestad administrativa específica que debe reconocerse concretamente, y no

⁴ Seguramente, el compendio mejor sintetizado de los rasgos de la potestad administrativa reside en este párrafo de GARCÍA DE ENTERRÍA: “Las potestades son inalienables, intransmisibles e irrenunciables, justamente porque son indisponibles por el sujeto en cuanto creación del Derecho objetivo supraordenado al mismo. El titular de la potestad puede ejercitarla o no, pero no puede transferirla; la propia Ley puede, a lo sumo, permitir su delegación de ejercicio (arts. 12 y 13 LPC, etc.). Las potestades son también imprescriptibles, aunque su ejercicio puede estar sometido a caducidad o decadenacia. Las potestades son, en fin, inagotables e idénticas a través de su ejercicio, que más que consumirlas las confirma. Son también insusceptibles de modificación por el titular; sólo la Ley, en que tienen su origen, puede alterarlas o extinguirlas”; Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas-Thomson-Reuters, 2017, p.488.

un rasgo consustancial a todo acto administrativo. Esta puntualización es muy relevante para el tema que nos ocupa, pues pone de manifiesto que no todas las potestades administrativas suponen, de suyo, el ejercicio de autoridad, aspecto que es crucial para determinar las funciones reservadas a los funcionarios públicos.

Por otra parte, algunas actuaciones que suponen el ejercicio de potestades, como el otorgamiento de subvenciones, exigen la aceptación del particular; esa aceptación es precisa para que el beneficiario se inserte en el marco jurídico de la relación subvencional posterior (obligándose a partir de ese momento a desarrollar la actividad subvencionada, y reintegrar la subvención o exponerse a sanciones en caso de incumplimiento), pero el otorgamiento de la subvención se articula mediante un acto unilateral en ejercicio de la potestad administrativa.

c) Del ejercicio de la potestad administrativa resultan actos administrativos concretos, que *pueden dar lugar a una mejora, a un empeoramiento de la situación de los particulares, o serles indiferentes*: se les puede conceder una subvención o denegar una pensión, imponer una sanción u otorgar una licencia de apertura de un establecimiento, certificar su empadronamiento o sus calificaciones académicas, etc. En este sentido, como ya hemos comentado, potestad administrativa no es sinónimo de ejercicio de autoridad pública o de un poder desfavorable, pues las potestades administrativas pueden dar lugar a actos favorables. En particular, tanto la jurisprudencia como la doctrina científica vienen proclamando desde hace años el carácter de potestad administrativa que ostentan la adjudicación de contratos, el otorgamiento de subvenciones o incluso el gasto público⁵.

d) Las potestades administrativas son *imprescriptibles*, pueden ser ejercidas indefinidamente, mientras que su reconocimiento no desaparezca del ordenamiento jurídico. Así, puede multarse a un conductor cada vez que se salta un semáforo, mientras que esta conducta esté prohibida y sancionada por la ley.

⁵ Véanse, respectivamente, REGO BLANCO, M.D.: “Potestades administrativas y contratación pública: ¿se ejerce potestad administrativa al adjudicar contratos públicos?”, pp. 779 ss.; TOSCANO GIL, F.: “Las potestades administrativas en el ámbito de las subvenciones”, pp. 827 ss.; y LASARTE ÁLVAREZ, J.: “Reflexión sobre principios del gasto público y potestades administrativas”, pp. 645 ss.; todos ellos en GAMERO CASADO (Dir.), 2021. Sobre el tema de las subvenciones, véase asimismo, más recientemente, TOSCANO GIL, F.: “La galaxia material: de las subvenciones a los incentivos económico-patrimoniales”, pp. 27 ss.; y ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E.M.: “La galaxia subjetiva: los «poderes adjudicadores» de subvenciones del poder público y las entidades colaboradoras”, pp. 55 ss.; ambos, en GAMERO CASADO, E. y ALARCÓN SOTOMAYOR, L.: *20 años de la Ley General de Subvenciones*, Instituto Nacional de Administración Pública y Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Madrid, 2023. Más adelante se citarán extensamente varias sentencias del Tribunal Supremo en las que se considera el otorgamiento de subvenciones como ejercicio de una potestad administrativa.

e) Los ciudadanos están sujetos en términos generales al ejercicio de las potestades administrativas, se encuentran en una *situación de sujeción general*, en una posición de dependencia a la actuación de la Administración.

f) Las potestades administrativas se orientan a la *satisfacción del interés general*. Los particulares también pueden ostentar potestades, que pretenden fines privados (por ejemplo, la patria potestad); en cambio, las potestades administrativas se otorgan por el ordenamiento jurídico para la satisfacción del interés general. Cada norma que atribuye una establece —explícita o implícitamente— cuál es el concreto interés general que debe perseguirse con su ejercicio. Cuando se ejerce la potestad para otro fin distinto se incurre en un vicio denominado *desviación de poder*.

g) Las potestades administrativas pueden ser ejercidas no sólo por la Administración en sentido estricto, sino también por otras entidades del sector público e incluso por los particulares (ejercicio privado de funciones públicas). Este es uno de los aspectos más problemáticos del régimen jurídico de las potestades administrativas: por un lado, tanto la LPAC como la LRJSP —art. 2.2 b)— se declaran de aplicación a las entidades del sector público cuando ejerzan potestades administrativas y, a pesar de que un sector de la doctrina rechaza que se puedan ejercer potestades administrativas por parte de entidades privadas del sector público, en la actualidad esa atribución es un hecho: basta recordar que Correos y Telégrafos S.A. tiene encomendada la entrega de notificaciones administrativas con constancia fehaciente. El principal problema es que el Ordenamiento no limita el tipo de potestades que pueden ejercer las entidades y sujetos privados, pues es rechazable que se les atribuya el ejercicio de autoridad (sanciones y otros actos de *imperium*). La incoherencia del Ordenamiento jurídico es total cuando se observa que el EBEP —art. 9.2— reserva a los funcionarios públicos las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas. Estas contradicciones introducen mucha confusión, y revelan la necesidad de que el legislador dicte las disposiciones necesarias para resolver tales incoherencias. Más adelante volveremos sobre ello.

h) El ejercicio de las potestades administrativas está sujeto a *control judicial*, pudiendo ser impugnados sus actos de aplicación ante los tribunales de justicia para confirmar su adecuación a la ley y al Derecho. El orden jurisdiccional especializado en el control de las potestades administrativas es el contencioso-administrativo. Sin embargo, conviene notar que, salvo contadas excepciones, su legislación reguladora no le atribuye expresamente el control de las

potestades administrativas que ejerzan las entidades privadas, tanto del sector público como del sector privado.

II. FUNCIONES RESERVADAS A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL ART.9.2 TREBEP

1. Interpretación restrictiva (auténtica y doctrinal), de los puestos reservados a funcionarios

La doctrina más autorizada ha destacado que, en términos axiológicos y teológicos, lo que pretende el art. 9.2 TREBEP no es reservar a los funcionarios públicos *todos* los puestos que supongan ejercicio de potestades, sino las concretas funciones que, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, podían quedar reservadas a los nacionales españoles. Es muy elocuente lo que al respecto comenta SÁNCHEZ MORÓN (voz especialmente cualificada por su papel central en la redacción del EBEP), quien explica lo siguiente:

“La indeterminación de estos conceptos, unida a la dialéctica siempre existente entre quienes pretenden ampliar a toda costa el ámbito de la función pública (la mayoría de los empleados públicos y sus sindicatos y asociaciones profesionales) y quienes prefieren la mayor flexibilidad que brinda el Derecho del trabajo, ha dado lugar a una polémica importante. Para resolverla debe tenerse en cuenta, no obstante, que el precedente de la norma se halla en la jurisprudencia del TJUE, que, como excepción al principio de libre circulación de los trabajadores en la Unión Europea, admite que ciertas funciones públicas puedan ser reservadas a los nacionales de cada Estado miembro por su legislación interna. Así se deduce del informe de la Comisión que preparó el EBEP y del art. 57.1 de su Texto Refundido, que utiliza las mismas expresiones con esta finalidad. Por tanto, no debería hacerse una lectura extensiva de la reserva contenida en el art. 9.2 TREBEP, del mismo modo que no cabe hacerla del art. 57.1, en contra de los criterios del TJUE y de la comisión europea. pues la razón de ser de la norma es salvaguardar en mayor medida la imparcialidad de los empleados que han de adoptar decisiones vinculantes, o realizar actuaciones (de inspección o instrucción de expedientes sancionadores, por ejemplo), potencialmente lesivas de derechos individuales (véase en tal sentido la STS de 28 de octubre de 2014) o bien elaborar informes preceptivos y practicar actuaciones que requieren absoluta independencia de criterio (la dación de fe pública, por ejemplo), o

participar en típicas funciones «de soberanía» (carreras diplomática, judicial y fiscal, Fuerzas Armadas y de Seguridad, Hacienda e Intervención, etc.)⁶.

El Informe de la Comisión que preparó los trabajos del EBEP corrobora esta versión⁷, que también comparten otros autores⁸. Y resulta asimismo confirmatorio de la teleología normativa lo dispuesto en el art. 5.1 RD 543/2001, de 18 de mayo, sobre acceso al empleo público de la Administración General del Estado y sus Organismos públicos de nacionales de otros Estados a los que es de aplicación el derecho a la libre circulación de trabajadores, que establece una correspondencia lineal y directa entre la expresión del art. 9.2 EBEP y la delimitación de los puestos de trabajo que se reservan a los nacionales españoles⁹: si este precepto fuera objeto de la misma interpretación extensiva que el art. 9.2 TREBEP –cosa que rechazamos–, incluyendo en su ámbito cualesquiera potestades administrativas –inclusive las favorables, como el otorgamiento de subvenciones–, el perímetro de puestos reservados a nacionales rebasaría ampliamente el ámbito definido por la jurisprudencia del TJUE en esta materia.

⁶ Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid, 2017, p. 69. En idénticos términos se expresa el autor en la obra dirigida por él mismo, SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 91 ss.

⁷ Véase *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, de 25 de abril de 2005, p. 52.

⁸ Es el caso de PARADA VÁZQUEZ, R. y FUENTETAJA PASTOR, J.: *Derecho de la función pública*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2017, p. 163; del segundo, véase también FUENTETAJA PASTOR, J.: *Pasado, presente y futuro de la función pública*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013 pp. 294 ss.; CANTERO MARTÍNEZ, J.: “Criterios para la clasificación del empleado público: ¿funcionario o laboral?”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.º 5, 2013, p. 91; JORDANO FRAGA, J.: “Grietas en los ejes del modelo constitucional: las funciones reservadas a los funcionarios”, *REDA*, n.º 174, 2015, (BIB 2015\16796), p.1; LARIOS RISCO, D.: “Comentario al artículo 9”, en PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A. (Dirs.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 104; LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: *La relación laboral especial de empleo público*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 51, FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA, J.: “El Estatuto básico del empleado público y la regulación de las funciones reservadas al funcionario público”, *REDA*, n.º 139, 2008 (BIB2008\1632), p. 17; QUE-SADA LUMBRERAS, J.: “La delimitación de funciones entre el personal funcionario y laboral: especial referencia a la reordenación del sector público de Andalucía”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 317, 2011, p. 160; CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, C.: “El papel del funcionario y del laboral en el nuevo diseño de la Administración pública”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 11, 2011 (BIB2010\2998), p.9; MONTILLA PÉREZ, S.: “La reserva funcional establecida en el artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 58, 2021, pp.16 ss.

⁹ “Artículo 5. *Puestos de trabajo y empleos excluidos*. Los puestos de trabajo que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses del Estado o de las demás Administraciones públicas quedarán reservados a los empleados públicos de nacionalidad española”. En el Anexo del Real Decreto se establece la relación de cuerpos y escalas que quedan excluidos a nacionales de otros Estados miembros.

Como apunta MORENO LÓPEZ, los fines de ambas determinaciones son distintos: en la interpretación extensiva, se trata de salvaguardar la independencia y objetividad de los funcionarios, en tanto que, en la interpretación restrictiva, el objetivo es limitar los puestos que pueden ser desempeñados por extranjeros¹⁰. A mi juicio, la interpretación extensiva podría tener encaje en los arts. 2.2 LPAC y LRJSP, sometiendo al Derecho administrativo el ejercicio de cualquier potestad administrativa por parte de las personificaciones instrumentales de Derecho privado de las Administraciones públicas, de manera que el ejercicio de cualquier potestad (restrictiva o favorable) debe respetar los postulados de la LPAC y la LRJSP, y en particular, tramitarse mediante el correspondiente procedimiento administrativo.

En efecto, a lo largo del siglo XXI ha tenido lugar una evolución del concepto de potestad administrativa, que de ser concebida originariamente como ejercicio de soberanía, autoridad o *imperium* –cuya impronta es la que se dejó en el art. 9.2 TREBEP–, ha pasado posteriormente a englobar, por obra de la doctrina y la jurisprudencia, un ámbito material mucho más amplio, que incluye también a expresiones de ejercicio de poder favorable para los ciudadanos, como es especialmente el caso de las subvenciones, pero también –según hemos comprobado–, la adjudicación de contratos o el gasto público. En relación con las clases de personal, debe operar la noción o acepción restrictiva del concepto, pues esa es su finalidad, considerando que el Derecho estatal básico únicamente exige que se reserven a los funcionarios las concretas potestades que supongan gravamen, ejercicio de autoridad o de soberanía.

También abundaría en esta interpretación la actual redacción –conferida en 2013– del art. 92.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local¹¹: “Corresponde exclusivamente a los funcionarios de carrera al servicio de la Administración local el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales. Igualmente son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado a funcionarios de carrera, las que impliquen ejercicio de autoridad, y en general, aquellas que en desarrollo de la presente Ley, se

¹⁰ Véase MORENO LÓPEZ, G.: “Clases de personal al servicio de las Administraciones públicas y adquisición y pérdida de la relación de servicio en el Estatuto Básico del Empleado Público”, en LINDE PANIAGUA, E. (Dir.), *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo por el Estado y las Comunidades Autónomas*, Colex, Madrid, 2008, p. 59.

¹¹ El texto del precepto, antes de su modificación –siendo el apartado 2º del art.92– era el siguiente: “Son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente a personal sujeto al Estatuto funcionarial, las que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería y, en general, aquellas que, en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función”.

reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función”.

Podrían diferenciarse así dos tipos diferentes de funciones reservadas a funcionarios: las que supongan ejercicio de autoridad, que les estarán reservadas en todo caso. Pero, además, las Administraciones públicas podrían reservarles otras funciones para mejorar la objetividad, imparcialidad e independencia en su ejercicio. En este caso, sería una opción que quedaría a criterio de cada Administración pública, y que puede traducirse en la reserva de ciertas funciones a concretos cuerpos de funcionarios, creados como garantía de imparcialidad y objetividad y en los que se subsumiría la mención a “la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas”¹². Como hemos anticipado anteriormente, la doctrina científica comparte esa doble *veste* de la reserva. Las dudas se plantean, por una parte, en determinar cuáles son las concretas funciones que suponen ejercicio de autoridad; y por otra, no solo en diferenciarlas de las que no lo supongan, sino incluso, si son esencialmente distintas de las que se le reserven por el segundo motivo.

Esta doble vertiente o dimensión de las funciones reservadas a funcionarios, y la dificultad de deslindarlas, subyace en toda la legislación que las regula. Y por eso muchas disposiciones, como es el caso del art. 15 LFPA –según comprobaremos más adelante– eluden diferenciar entre las funciones reservadas las que lo son por una y otra causa.

2. La jurisprudencia del TJUE

El marco normativo de esta jurisprudencia viene determinado por el art.45 TFUE (antiguo art. 39 del Tratado CEE), mediante el que se asegura la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión. A pesar de que su apdo. 5 establece que las disposiciones del artículo no son aplicables a los empleos en la Administración pública (por lo que no se verían beneficiados por la libre circulación y podrían reservarse a nacionales de cada Estado miembro), el TJUE ha dictado en su aplicación una jurisprudencia que restringe y delimita esa exclusión, y entiende que no todos los puestos de las Administraciones públicas pueden reservarse a nacionales. La Comunicación de la Comisión *La libre circulación de trabajadores* sintetiza los criterios alumbrados por el TJUE de la siguiente manera¹³:

¹² Una completa exégesis de esta paráfrasis en MONTILLA, 2021: pp. 8 ss. El autor considera que el precepto alude a “determinados Cuerpos y Escalas de funcionarios, que no participando en el ejercicio de las potestades públicas, sus funciones y tareas, están dirigidas, directamente, a la tutela y protección de los intereses generales de la Administración Pública, donde quedarían incluidos, también, los intereses económicos”.

¹³ Véase Comunicación de la Comisión *La libre circulación de trabajadores-La plena realización de sus ventajas y sus posibilidades*, COM (2002) 694 final, de 11 de febrero. En el documento (p. 20) cita los siguientes

“En algunas de sus primeras sentencias, el Tribunal desarrolló su interpretación del apartado 4 del artículo 39 del Tratado CE: sólo se permite a los Estados miembros restringir puestos en la administración pública a sus nacionales si están directamente relacionados con las actividades específicas de la administración pública, es decir, *si implican el ejercicio del poder público y la responsabilidad de salvaguardar el interés general del Estado*, incluidos tanto los organismos públicos como las autoridades locales. Hay que evaluar estos criterios con un planteamiento para cada caso particular, teniendo en cuenta la naturaleza de las tareas y las responsabilidades que entraña el puesto. En dichas sentencias, el Tribunal consideró que no se pueden limitar a los nacionales del Estado puestos de trabajo como, por ejemplo, los de los servicios postales o ferroviarios, o como los de fontanero, jardinero, electricista, profesor, enfermero e investigador civil” (la cursiva es nuestra).

El Tribunal se limita por tanto a establecer unos principios generales que deben analizarse caso por caso. En su jurisprudencia ha venido a concretar el criterio un poco más: las funciones reservadas a los nacionales (no necesariamente a funcionarios, entiéndase bien), deben traducirse en *actos de voluntad que obliguen a los particulares*, lo cual abarca dos posibles manifestaciones: *i)* Actos cuya obediencia se les pueda exigir; *ii)* Actos a los que, en el caso de no avenirse o conformarse a ellos, resulte posible forzarles a su cumplimiento¹⁴. En su sentencia 10/09/2014, asunto C-270/13, § 44 ss. –compendiando otras anteriores–, el TJUE ha puntualizado lo siguiente (las cursivas son nuestras):

“el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el concepto de «Administración pública» en el sentido del artículo 45 TFUE, apartado 4, se refiere a los empleos que *implican una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las demás entidades públicas* y que suponen pues, por parte de sus titulares, la existencia de una relación particular de solidaridad con el Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del vínculo de nacionalidad (véanse, en particular, las sentencias *Comisión/Grecia*, C-290/94,

asuntos como fuente de su síntesis: Asunto 152/73, *Sotgiu*, Rec. 1974, p. 87; asunto 149/79, *Comisión/Bélgica I*, Rec. 1980, p. 1291; asunto 149/79, *Comisión/Bélgica II*, Rec. 1982, p. 549; asunto 307/84, *Comisión/Francia*, Rec. 1986, p. 1725; asunto 66/85, *Lawrie-Blum*, Rec. 1986, p. 2121; asunto, 225/85, *Comisión/Italia*, Rec. 1987, p. 2625; asunto 33/88, *Allué*, Rec. 1989, p. 1591; asunto C-4/91, *Bleis*, Rec. 1991, p. I-5627; asunto C-473/93, *Comisión/Luxemburgo*, Rec. 1996, p. I-3207; asunto C-173/94, *Comisión/Bélgica*, Rec. 1996, p. I-3265; asunto C-290/94, *Comisión/Grecia*, Rec. 1996, p. I-3285.

¹⁴ Así lo considera el TJUE en las sentencias 26/05/1982, asunto 149/79; 02/07/1996, asunto 473/1993; 30/09/2003, asunto C-47/02; 31/05/2001, asunto C-283/99; y 02/07/1996, asunto C-290/94.

EU:C:1996: 265, apartado 2, y *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*, EU:C:2003: 515, apartado 39). (...)

Por lo tanto, ha de comprobarse si las funciones atribuidas al Presidente de una Autoridad Portuaria *contienen prerrogativas de poder público y la salvaguardia de los intereses generales del Estado*, que, por consiguiente, justifiquen que estén reservadas a los nacionales italianos.

(...) en determinadas circunstancias, el Presidente de una Autoridad Portuaria está facultado, en el *ejercicio de las facultades coercitivas de que dispone, para adoptar decisiones de carácter ejecutivo* con objeto de salvaguardar los intereses generales del Estado, en el caso de autos la integridad de los bienes comunes.

55. Entre dichas facultades coercitivas figuran, por una parte, en el marco de las funciones de administración de las zonas y los bienes del dominio marítimo, la facultad de ordenar a todo aquel que ocupe abusivamente zonas de dicho dominio situadas dentro del recinto del puerto, que devuelva el lugar a su estado inicial, teniendo la facultad, en caso de inejecución de dicha orden, de ordenar de oficio dicha reposición a expensas del infractor [artículo 8, apartado 3, letra h), de la Ley nº 84/94, en relación con el artículo 54 del Código de la navegación].

56. Por otra parte, en aplicación del artículo 8, apartado 3, letra m), de la Ley nº 84/94, el Presidente de una Autoridad Portuaria garantiza la navegabilidad en la zona del puerto, así como la ejecución de tareas de excavación y mantenimiento de los fondos marinos. A estos efectos y en caso de urgencia o de necesidad imperiosa, el Presidente dispone de la facultad de adoptar decisiones ejecutivas.

57. Dichas facultades, *en la medida en que implican el ejercicio de prerrogativas de poder público*, pueden estar comprendidas dentro de la excepción a la libre circulación de trabajadores del artículo 45 TFUE, apartado 4”.

En la misma línea, esta misma noción ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia en el contexto del art.51 TFUE, que establece excepciones a la libertad de establecimiento. Así, en la STJUE 01/02/2017, as. C-395/2015, *Comisión contra Hungría*, el “ejercicio de poder público es concebido “ como la actividad que «implica el ejercicio de facultades decisorias que exceden del ámbito del Derecho común y que se traducen en la capacidad de actuar con independencia de la voluntad de otros sujetos o incluso en contra de la voluntad de los mismos”; puntualizando el Tribunal que se excluyen del concepto las actividades auxiliares o preparatorias respecto del ejercicio

del poder público, o actividades que dejan intactas las facultades de apreciación y de decisión de las autoridades administrativas o judiciales, así como actividades que no implican el ejercicio de facultades decisorias ni de poderes de coacción o de coerción.

En particular, la paráfrasis “empleos que implican una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las demás entidades públicas”, evoca claramente las determinaciones que el legislador español ha inoculado en los arts. 9.2 TREBEP y 92.3 LRBRL. Pero debemos puntualizar que, en el sentido que les asocia la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, esta acepción viene inescindiblemente unida a la noción de *prerrogativa*, que esta doctrina jurisprudencial conecta, como ya hemos dicho, con la imposición de actos desfavorables o de gravamen que deban ser necesariamente cumplidos por los ciudadanos, y la posibilidad de imponer su cumplimiento forzoso en caso de rechazo a su ejecución voluntaria¹⁵.

En nuestro Derecho, como se ha visto, esa noción de prerrogativa entendida como poder de imposición unilateral de una conducta, no es un rasgo consustancial de toda potestad administrativa: la unilateralidad intrínseca de la potestad conlleva la *ejecutividad* de los actos dictados en su ejercicio, pero no su *ejecutoriedad*, que es una potestad administrativa específica (la ejecución de oficio o autotutela administrativa).

3. La jurisprudencia del Tribunal Supremo

La jurisprudencia española ha manejado los arts. 9.2 EBEP y 92.3 LRBRL con alcances muy diferentes, a veces ceñidos al referente europeo, y a veces no, interpretado en unos casos estos preceptos en sentido restrictivo y en otros casos de acuerdo con la literalidad de sus palabras. El problema reside en que, como la noción de *potestad administrativa* carece de una acepción unívoca en los operadores jurídicos, y su carga semántica ha evolucionado en las últimas décadas, también los tribunales (o el mismo Tribunal Supremo) ha mantenido interpretaciones divergentes del concepto.

Así, en unos casos, el sentido en el que la jurisprudencia ha interpretado la expresión es el de reservar a los funcionarios las concretas funciones o potestades administrativas que supongan el ejercicio de “prerrogativas”, de “autoridad” o de “*imperium*”, nociones que revelan preeminencia o supremacía y son más restrictivas que la más genérica de “función pública” o “potestad administrativa”. Por tanto, no toda potestad administrativa quedaría reservada a los funcionarios públicos, sino tan sólo las que supongan ejercicio de autoridad.

Por ejemplo, la STS 28/10/2014, rec.2797/2012 (relativa a la agencia andaluza AMAYA); en su f.j. 2º, declara que las funciones públicas que se encuentran reser-

¹⁵ En la misma línea, Jordano: 11, nota 29.

vadas a los funcionarios son “las que implican ejercicio de autoridad”; y hace suyos los razonamientos de instancia, en los siguientes términos: “como acabamos de señalar, la Sala de instancia describe, en el fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida, antes transcrito en el antecedente segundo de esta nuestra, las concretas facultades que al personal de la Agencia confiere la Orden en cuestión, todas las que implican ejercicio de autoridad, y, por consiguiente, están reservadas, conforme al precepto invocado (artículo 9.2 de la Ley 7/2007), a los funcionarios públicos”, concretándolas en las siguientes: “el ejercicio de facultades de autotutela, la recuperación y de imposición de sanciones; (...) una potestad administrativa de naturaleza sancionadora o imponer cargas o prestaciones personales de carácter público”¹⁶.

También es pedagógica en la enunciación de ejemplos la STS 24/11/2009, rec.4035/2005, en la que se dilucidaba la legalidad de la modificación de los Estatutos de una sociedad mercantil en mano pública (EGMASA), al entender los sindicatos recurrentes que las funciones que se le atribuían a la entidad usurpaban funciones reservadas a los funcionarios; para comprender lo que decimos resulta oportuno transcribir algunos párrafos del f.j. 6º de la sentencia, a mi juicio, muy acertada en todos sus extremos:

“Así, la protección de los espacios naturales, la defensa de márgenes y encauzamientos hidráulicos, puede suponer el ejercicio de facultades de autotutela, de recuperación y la imposición de sanciones, cuya tramitación corresponde a los funcionarios públicos y a los Agentes de Medio Ambiente en particular; las «actuaciones necesarias» para la clasificación y deslinde de las vías pecuarias pueden suponer la atribución de terrenos al dominio público con importante incidencia en la propiedad privada de los particulares, dada la presunción posesoria y demanial a favor de la Comunidad Autónoma (Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias), la gestión y planificación de montes o espacios naturales no podrá afectar legítimos derechos de terceros, como tampoco EGMASA podrá aprobar planes o programas de caza en terrenos que no sean de su titularidad. *Depende, por tanto, de cómo se desempeñen estas actividades para que se incida o no en el ejercicio de potestades públicas*: la protección y defensa del dominio público *nunca podrá implicar el ejercicio de potestad sancionadora, ni la imposición de cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público*, como tampoco, dentro de “las actuaciones necesarias”, EGMASA podrá *aprobar los expedientes adminis-*

¹⁶ Según se afirma en el f.j. 2º de esta sentencia, la encomienda de gestión impugnada no puede reputarse inválida porque “la Sala de instancia describe, en el fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida, antes transcrito en el antecedente segundo de esta nuestra, las concretas facultades que al personal de la Agencia confiere la Orden en cuestión, todas las que implican ejercicio de autoridad, y, por consiguiente, están reservadas, conforme al precepto invocado (artículo 9.2 de la Ley 7/2007), a los funcionarios públicos” (el subrayado es nuestro).

trativos de clasificación y deslinde, aunque pueda llevar a cabo ciertas actividades técnicas de investigación o ejecución material sobre el terreno, pero sin que gocen de presunción alguna las actas levantadas o informes evacuados, en ejercicio de esas funciones, por personal que no sea funcionario con la condición de autoridad o de agente de la misma. Por el contrario, trabajos materiales para la ejecución de contratos administrativos de obras, en sus distintas clasificaciones; labores de regeneración y recuperación paisajística; realización de trabajos materiales forestales, de aprovechamientos agrícolas o ganaderos; la gestión y explotación de fincas propias; proyectos de acercamiento de la sociedad a los entornos naturales y en general actividades de tipo educativo o turístico; mantenimiento y conservación; u otros similares de naturaleza puramente industrial o mercantil, previstos estatutariamente, podrán ser normalmente desarrollados sin peligro alguno para la potestad pública, ni el derecho de terceros” (las cursivas son nuestras).

Como se ve, la sentencia hace dos acotaciones:

1º.- Sólo son potestades públicas, en el sentido del precepto examinado, las que suponen prerrogativa.

2º.- La reserva de tales potestades a los funcionarios no impide que empleados laborales (o incluso particulares) puedan desempeñar funciones auxiliares o técnicas de apoyo; pero, en tal caso, su “actas” o documentos de respaldo no gozarán de presunción de certeza y veracidad. Esta diferenciación entre potestad administrativa y actividades auxiliares y técnicas de soporte a su ejercicio es crucial, aunque no siempre fácil de hacer¹⁷.

En otras ocasiones, la jurisprudencia no entra en tales matices, y hace gala de la interpretación extensiva del concepto de potestad administrativa que SÁNCHEZ MORÓN repudia en relación con este precepto, para anular la transferencia de potestades administrativas a entidades privadas del sector público.

Así, la STS 19/10/2005, rec. 6033/1999, en relación con el art. 92.3 LRBR, considera que deben reservarse a funcionarios públicos “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 los que sean relevantes esas notas de objetividad, imparcialidad e independencia, habrán de ser necesariamente encomendados a personal funcional”. Se traduciría, entonces, en la realización de todas las actuaciones ad extra, susceptibles de afectar a derechos e intereses legítimos de la ciuda-

¹⁷ Véase, mucho más en detalle, BERNING PRIETO, A.D.: “La delimitación entre potestades administrativas y actividades técnicas o auxiliares”, en GAMERO CASADO, E. (Dir), *La potestad...*, op.cit., pp. 277 ss.

danía. Interpretada literalmente, conduciría al absurdo de determinar que también meras actuaciones materiales o de hecho, como el mantenimiento de los jardines y vías públicas, o los servicios de limpieza, han de ser desempeñados por funcionarios. Creo que en realidad la sentencia está aludiendo a la actividad formalizada que se produzca ad extra, es decir, restringiendo las actuaciones reservadas a funcionarios al dictado de actos administrativos que afecten a derechos e intereses legítimos de la ciudadanía; lo cual supone, en cualquier caso, una considerable expansión del ámbito del precepto, pues no se trataría solo de actos de gravamen o prerrogativa, sino también de actuaciones favorables.

Por su parte, en la STS 22/01/2013, rec.1626/2011, el Tribunal Supremo hace suyo el razonamiento de instancia (del TSJA) para confirmar la anulación de una encomienda de gestión a una Fundación en mano pública. En su f.j.3º, la sentencia lleva a cabo un cribado de las funciones que se encomiendan a la fundación, calificándolas como ejercicio de potestades administrativas (las cursivas son nuestras):

“la primera es el *archivo y clasificación de documentos*. Esta clasificación, por fuerza conlleva una valoración que al tratarse de documentos administrativos comportará un ejercicio de potestades que va más allá de una actuación puramente material o técnica. Otra tarea reservada a la encomienda es la consistente en *"tareas organizativas de los expedientes y la documentación que contienen"*. Es igualmente obvio que la organización de los expedientes supone la aplicación de los principios contenidos en la ley 30/1992 en concreto en su Título VI. Las tareas organizativas implican actos de ordenación e instrucción de carácter claramente administrativo y que pueden comportar -normalmente así será- el ejercicio de potestades de este orden. No estamos tampoco ante una mera actividad material.

En fin, las labores meramente administrativas referentes a la tramitación de solicitudes comporta establecer su orden de prelación, eventualmente su admisión o no, etc. Cuestiones que, como la anterior, están reguladas por la ley como propias del procedimiento administrativo y que se rigen por principios de este orden y que, reiteramos, comportan el ejercicio de potestades administrativas

(...) La encomienda de dichas actividades *no podrá implicar, en ningún caso, la atribución de potestades, funciones o facultades sujetas a Derecho administrativo.*

Las funciones que se encomiendan implican ejercicio de potestades administrativas. No son actividades de carácter material únicamente”.

En la misma línea, se han criticado agudamente las “hipócritas contradicciones” que supone que ejerzan potestades administrativas los empleados laborales del

Banco de España y otros organismos cuyas normas de creación han repudiado el régimen funcionarial, así como afirmar que los empleados laborales no pueden ejercer potestades administrativas, pero al mismo tiempo se consienta que las ejerzan los funcionarios interinos, cuyas garantías de inamovilidad son inferiores¹⁸. En este sentido, es asombrosa la diferencia de criterio que sobre este mismo punto han sostenido (con apenas unos meses de diferencia) el Tribunal Supremo, en su sentencia 828/2019, de 14 de junio, que rechazaba la posibilidad de que los policías locales fuesen interinos; y el Tribunal Constitucional, en su sentencia 106/2019, de 19 de septiembre –apenas tres meses después–, que admite plenamente que lo sean. Al comentar esta situación, CANTERO ha recordado que la reserva de funciones a funcionarios responde, como razón última, a la nota de la inamovilidad, que no se da en los interinos, lo que representa una importante incoherencia del sistema¹⁹. Como expone la autora, si nos atenemos a este criterio, el personal interino se encuentra en una posición mucho más precaria que el personal laboral fijo. A su juicio, el problema se ha agudizado con la nueva redacción que la Ley 27/2013 confirió al art.92.3 LRBRL, cambiando las referencia al “personal sujeto a estatuto funcionarial” por la mención explícita a los “funcionarios de carrera”, dando lugar a la interpretación literal realizada por la STS 828/2019; por el contrario, la STC 106/2019 realiza una interpretación integradora del art. 92.3 LRBRL con el art. 9.2 TREBEP, considerando que la mención a “funcionarios de carrera” debe entenderse realizada a cualquier clase de funcionarios públicos. En aplicación de esta última, el Tribunal Supremo ha rectificado posteriormente su doctrina, mediante la sentencia 294/2020, de 2 de marzo, permitiendo que policías locales interinos porten armas de fuego. Por su conexión con el tema que nos ocupa, también conviene reseñar la STC 178/2019, que declara inconstitucional la posibilidad de asignar a empleados laborales tareas de “auxiliar de policía”, con atribuciones que suponen el ejercicio de autoridad.

Resulta igualmente sintomática la STS 75/2019, de 29 de enero, relativa a la modificación de los Estatutos de la agencia andaluza IDEA. La sentencia es expresiva por los razonamientos que acoge y hace suyos de la de instancia, la STS-JA 1102/2016, de 24 de febrero²⁰, en cuyos f.j. 6º y 7º se afirma lo siguiente:

¹⁸ Véase Parada y Fuentetaja: 164.

¹⁹ Vid. CANTERO MARTÍNEZ, J.: “El ejercicio de funciones de autoridad por funcionarios interinos (a propósito de la jurisprudencia sobre policía local)”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 14, 2020, pp. 146 ss.

²⁰ Aunque debe notarse que, ni en instancia ni en casación se anula el Decreto, al considerar que, de producirse infracción del marco constitucional y legal que reserva el ejercicio de potestades a funcionarios públicos, dicha infracción no tiene lugar en el Decreto impugnado, sino que podría producirse con ocasión de la aprobación de las RPTs de la agencia, en la medida que atribuya a empleados laborales el ejercicio de las funciones reservadas a funcionarios. La cuestión ha sido resuelta en la práctica por la Junta de Andalucía dotando a la agencia de plazas de funcionarios públicos que asumen las funciones reservadas.

“Ahora bien, no basta con que los actos finales sean dictados y firmados por el Presidente de la Agencia, que en este caso correspondería al Viceconsejero u órganos directivos que tienen expresamente atribuida la potestad administrativa, pues esa toma de decisión debe ir precedida de la instrucción de un procedimiento que incumbe exclusivamente a los funcionarios. Así lo hemos afirmado en numerosas sentencias respecto a encomiendas de gestión anuladas por esta Sala y confirmadas por el Tribunal Supremo,” que no se pueden llevar a cabo por personal laboral, actuaciones o funciones de dación de fe pública y gestión de registros administrativos, asesoramiento legal preceptivo, control y fiscalización interna de la gestión económica financiera y presupuestaria, de evaluación, control, autorizatorias, de vigilancia e inspección, propuestas de resolución., etc., de naturaleza indudablemente administrativa.

(..) en todo caso deberán respetarse las previsiones de Decreto y de la Ley respecto a la reserva funcionarial de todas aquellas funciones que impliquen directa o indirectamente el ejercicio de potestades públicas enumeradas en el propio Decreto artículo 2 (ejercicio de la actividad subvencionadora que comprende inspección, comprobación de la realización de la actividad y del cumplimiento de la finalidad para la que se hubiese concedido la subvención, así como el reintegro de las mismas, revisión de actos y acuerdos, fe pública y certificación de actos y acuerdos, interpretación, modificación y resolución de contratos...)?”.

Como se ve, en este pronunciamiento se afirma que la instrucción de los procedimientos administrativos supone el ejercicio de una potestad administrativa. Ahora bien, conviene puntualizar que, en el elenco de funciones reservadas a funcionarios públicos, no se incluye la instrucción de expedientes de otorgamiento de subvenciones, sino exclusivamente, la “inspección, comprobación de la realización de la actividad y del cumplimiento de la finalidad para la que se hubiese concedido la subvención, así como el reintegro de las mismas”. Parece, por tanto, que en cuanto al radio de potestades administrativas que deben reservarse a funcionarios, con arreglo a esta sentencia, en materia de subvenciones sólo estaría incluida la resolución de otorgamiento; en tanto que, en los procedimientos de inspección y control, de gravamen o desfavorables (los que acaban de señalarse), estaremos en presencia de prerrogativas del poder público que sólo pueden ejercerse por funcionarios, incluso en lo relativo a la instrucción de tales procedimientos.

Abundando en la evolución jurisprudencial que se percibe en este punto, la STS 525/2019, de 22 de abril, confirma la dictada por el TSJA, que anula la encomienda de gestión realizada por la Consejería de Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía al Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico (agencia pública empresarial que carece de funcionarios), debido a que implica la participación en el ejercicio

de autoridad y, por tanto, se encontrarían reservadas a funcionarios. El Tribunal Supremo afirma que “la adopción de todo acto o resolución de carácter jurídico que sirva de soporte a la actividad material encomendada, o en el que se integre ésta, por requerirlo, debe quedar fuera de las posibilidades de decisión del órgano o Entidad a cuyo favor se hace la encomienda. (...) la adopción de todo acto o resolución de carácter jurídico que sirva de soporte a la actividad material encomendada, o en el que se integre ésta, por requerirlo, debe quedar fuera de las posibilidades de decisión del órgano o Entidad a cuyo favor se hace la encomienda”. En el caso en examen, las tareas que se encomendaban eran funciones que implican, en relación con proyectos de protección, el desempeño o ejercicio de funciones de investigación, adecuación de planimetrías exactas, descripciones técnicas especializadas que sirvan para la catalogación de bienes patrimoniales, el diagnóstico sobre el estado de conservación de bienes patrimoniales con propuestas, en su caso, de intervención y tratamientos de conservación, el seguimiento y control de los bienes desde una plataforma tecnológica, y la participación en la protección del patrimonio mediante la elaboración de contenidos de resoluciones o mediante la elaboración de documentaciones técnicas.

En la misma línea, la posterior STS 1160/2020, de 14 de septiembre, relativa a la externalización a una empresa pública mercantil (TRAGSATEC) de relevantes funciones en la tramitación de procedimientos administrativos sancionadores por parte de la Confederación Hidrográfica del Guadiana, sostiene que la actividad de la mercantil

“no se trata de una intervención, de un «auxilio y asistencia técnica» puntual y en función de determinadas actuaciones que requieran esa intervención por sus peculiaridades, sino que, muy al contrario, lo que se suscita en el caso de autos es que, con carácter de permanencia y generalidad, en todos los procedimientos sancionadores que tramite el Organismo de Cuenca, la dirección de dichos procedimientos venga encomendada a la mencionada Empresa Pública en un a modo de profesionalización de la misma en dichas tramitaciones; bien que reservando a los órganos competentes de la Confederación dictar las resoluciones, pero aun así, sobre la base de propuestas formuladas por dicha empresa. (...) es lo cierto que esa intervención de los órganos competentes se hace sobre la base de propuestas, informes y dosieres que le son remitidos por el personal de la empresa pública que son los que tienen contacto directo, sino exclusivo, sobre las actuaciones, llegándose a la absurda conclusión de que para que el órgano competente que deba adoptar la decisión, o bien se acepta la propuesta o ha de revisar todo el expediente con el fin de determinar si es idónea y, sobre todo, legal dicha propuesta”.

Por estas razones el Tribunal concluye afirmando que se trata de “una privatización encubierta de un servicio que ha sido reservado al sector público como una de las conquistas primarias del Derecho Administrativo propio del Estado de Derecho”, anulando la sanción que fue objeto de recurso. Una serie de párrafos de la sentencia abundan en la idea de que *la instrucción de un procedimiento administrativo constituye el ejercicio de una potestad administrativa y, por consiguiente, se encuentra reservada a funcionarios públicos*. Así se desprende de las siguientes afirmaciones de la sentencia (todas ellas, en el f.j. 2.º):

“siendo necesario que las decisiones que se adopten en el desarrollo de esa actividad [administrativa] exigen la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo (artículo 105.c) que está sometido a las normas propias que regulan dicha institución, de tal forma que éste se erige como elemento esencial para la adopción de las decisiones públicas de los órganos que integran ese conglomerado orgánico de carácter público, hasta tal punto que, como veremos, las deficiencias de dicho procedimiento puede afectar a la validez de las decisiones”.

“la actividad administrativa ha de realizarse mediante el procedimiento establecido y este ha de tramitarse por las unidades administrativas del órgano que tenga asignada la competencia, pero como quiera que, por su propia naturaleza, requieren la integración de personas físicas que desarrollen esa actividad, esa exigencia personal se vincula a los funcionarios públicos”.

“hemos de concluir que, en la medida que los procedimientos administrativos son los medios a través de los cuales las Administraciones Públicas desarrollan su actividad pública y ejercen sus potestades, y estas han de realizarse preceptivamente por funcionarios públicos, cabe concluir que los procedimientos administrativos han de tramitarse por funcionarios público, lo cual constituye la regla básica en materia de tramitación de procedimientos administrativos”.

Ahora bien, la concreta doctrina de interés casacional objetivo que establece el Tribunal Supremo al respecto es la siguiente (la cursiva es mía):

“como regla general, la tramitación de los *procedimientos sancionadores* incoados por las Administraciones Públicas han de ser tramitados por el personal al servicio de tales administraciones sin que sea admisible que, con carácter general, de permanencia y de manera continua, pueda encomendarse funciones de auxilio material o de asistencia técnica a Entidades Públicas Empresariales, sin perjuicio de poder recurrir ocasionalmente y cuando la Administración careciera de los medios para ello, al auxilio de Entidades Públicas Empresa-

riales, como medios propios de la Administración, a prestar dicho auxilio o asistencia”.

Con todo lo confuso que esto resulta, parece abrirse paso cada vez con más contundencia en la doctrina del Tribunal Supremo la idea de que *la instrucción de cualquier procedimiento administrativo constituye el ejercicio de una potestad administrativa*, y, por consiguiente, que se encuentra reservada a funcionarios públicos. No obstante, cabe también pensar, a la vista de la doctrina finalmente calificada como de interés casacional objetivo, que esa reserva de potestad se circunscribe a los procedimientos sancionadores, y por extensión, a los que supongan *ejercicio de autoridad en sentido estricto*, tal y como hemos comentado que constituye la interpretación auténtica del art. 9.2 TREBEP. Posición esta última que consideramos más acorde con una interpretación sistemática e integradora del Ordenamiento, a la que se adhiere el Tribunal Constitucional en su sentencia 106/2019, de 19 de septiembre, y que también ha asumido el Tribunal Supremo en otros pronunciamientos recientes, como en la sentencia 294/2020, de 2 de marzo, ambas anteriormente citadas.

El último jalón de este periplo jurisprudencial viene representado por la reciente STS 469/2023, de 12 de abril. En este caso se analiza la conformidad a Derecho de una encomienda de gestión realizada por el Ministerio de Fomento a su sociedad mercantil instrumental INECO. La controversia (el interés casacional objetivo) “se centra, tal y como se afirmó en el Auto de admisión, en aclarar si la jurisprudencia sentada en las SSTS n.º 1160/2020, de 14 de septiembre (rec. 5442/2019) y n.º 1265/2020, de 7 de octubre (rec. 5429/2019) resulta de aplicación en el ámbito de procedimientos administrativos no sancionadores en cuya tramitación intervienen personas o entidades externas a la Administración; en particular y en este caso, el encargo para la tramitación del Ministerio de Fomento a una sociedad mercantil de carácter estatal (INECO)”. Para abordar la cuestión el Tribunal resalta dos diferencias sustanciales entre aquellos asuntos y el que le corresponde analizar ahora: la primera, que entonces se trataba de procedimientos sancionadores, mientras que en este caso lo que se tramitan son solicitudes masivas de indemnización planteadas al amparo de una norma singular (el RDL 13/2018); la segunda, que en los casos de contraste el encargo era “con carácter de permanencia y generalidad, en todos los procedimientos sancionadores que tramite el Organismo de Cuenca, y en el asunto ahora enjuiciado “los encargos realizados por el Ministerio de Fomento a INECO no respondían a una colaboración habitual y continua sino al intento de dar una solución puntual a una situación extraordinaria, (...) que no se materializó en una colaboración permanente y estable respecto de la tramitación de todos los procedimientos administrativos encomendados a esta Dirección General”. Apoyándose en tales diferencias, se establece la siguiente doctrina casacional (f.j. 4º):

“En respuesta a la cuestión de interés casacional planteada procede señalar que, en determinadas circunstancias extraordinarias y cuando una Administración que no posea los medios materiales o técnicos idóneos para el desempeño de las competencias que le han sido encomendadas, puede acudir por razones de eficacia a la colaboración con otras entidades, en concreto a una sociedad mercantil estatal que tiene la consideración de medio propio de la Administración.

Esta colaboración puede estar referida no solo a trabajos técnicos o materiales concretos y específicos sino también puede solicitar su auxilio en la gestión y en la tramitación de procedimientos que tiene encomendados reservándose el órgano administrativo el control y la decisión que ponga fin procedimiento”.

Además de las razones apuntadas, conviene resaltar el siguiente pasaje de la sentencia (f.j. 3º), a pesar de su extensión, pues es muy elocuente del alcance de la reserva a funcionarios públicos que el Tribunal Supremo considera incluida en el art.9.2 TREBEP (la cursiva es nuestra):

“La nulidad de lo actuado tampoco puede fundarse en la no intervención de funcionarios públicos de carrera, aduciendo que solo a estos les corresponde el ejercicio de funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas (art. 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público). Esta previsión *no puede llevarnos a la conclusión de que toda intervención en un procedimiento administrativo, incluso ejerciendo tareas colaboración con una Administración pública, está reservada exclusivamente a los funcionarios de carrera, impidiendo la participación de otro personal, incluidos el personal laboral o los funcionarios interinos, pues ello desborda al sentido y alcance de esta previsión* y dejaría vacante de contenido las formas de gestión indirecta y de colaboración con las Administraciones públicas antes descritas, que necesariamente conllevan la intervención de personal no funcional en la tramitación de los expedientes de los que conocen.

Pero es que además la Dirección General del Ministerio de Fomento se reservó el control de las labores de tramitación encomendadas a INECO y lo que es más relevante la firma de las resoluciones administrativas que resolvían las solicitudes presentadas. De modo que, *si bien es cierto que la tramitación y la redacción de las propuestas de resolución se llevó a cabo por personal de la sociedad estatal, la decisión última de estos expedientes correspondió a las autoridades y funcionarios responsables de la Dirección General que ejercieron, por tanto, la potestad pública que la ley le encomendó”*.

Las afirmaciones categóricas de este pasaje contrastan con los sutiles matices de la doctrina finalmente establecida en interés casacional objetivo. Ello nos impide rematar este apartado de manera concluyente. Pero sí permite vislumbrar que el Tribunal Supremo diferencia claramente entre clases distintas de potestades, así como que la arquitectura contemporánea del sector público “necesariamente conlleva la intervención de personal no funcionarial en la tramitación de los expedientes”; y retoma aquí la doctrina expuesta en su sentencia STS 24/11/2009, rec. 4035/2005 (INECO), en el sentido de que “la decisión última de estos expedientes correspondió a las autoridades y funcionarios responsables de la Dirección General que ejercieron, por tanto, la potestad pública que la ley le encomendó”. Todo ello es revelador en orden a interpretar el art. 9.2 TREBEP y la manera en que puede desarrollarse por las Administraciones públicas en el marco de su potestad de autoorganización.

4. Breve mención a la legislación autonómica comparada

Debido a la ambigüedad de la fórmula establecida en la legislación básica estatal, y haciendo uso de sus competencias de desarrollo normativo en la materia, algunas CCAA han procurado precisar el ámbito de las funciones reservadas a funcionarios públicos, en lo que debe entenderse una interpretación de las atribuciones que suponen el ejercicio prerrogativas, actos de autoridad o gravamen. Exponemos a continuación algunos ejemplos representativos.

El art.14.2 de la Ley 13/2015, de 8 de abril, de función pública de Extremadura, dispone:

“2. Son funciones que implican la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales las siguientes:

- a) La instrucción o la elaboración de propuestas de resolución en procedimientos administrativos.
- b) El ejercicio de funciones de autoridad, las actividades de inspección, vigilancia, control del cumplimiento de normas o resoluciones administrativas y sanción, el otorgamiento de licencias y la emanación de órdenes de policía.
- c) El control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria.
- d) La contabilidad.

- e) Las de tesorería.
- f) La fe pública.
- g) La recaudación.
- h) La inscripción, anotación, cancelación y demás actos de administración de registros públicos.
- i) El asesoramiento legal preceptivo, así como la representación y defensa en juicio de la Administración.
- j) Aquellas expresamente establecidas como tales en las leyes”.

Por su parte, el art. 6.2 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del empleo público de Castilla-La Mancha, establece lo siguiente:

“2. Son funciones que implican la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales las siguientes:

- a) La instrucción o la elaboración de propuestas de resolución en procedimientos administrativos.
- b) La inspección, vigilancia o control del cumplimiento de normas o resoluciones administrativas.
- c) La emanación de órdenes de policía.
- d) El control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria.
- e) La contabilidad.
- f) Las de tesorería.
- g) La fe pública.
- h) La recaudación.
- i) La inscripción, anotación, cancelación y demás actos de administración de registros públicos.

j) El asesoramiento legal preceptivo”.

A estos preceptos se les puede añadir el reciente art. 44.2 de la Ley 11/2022, de 1 de diciembre, de empleo público vasco, que es más prolijo²¹; el art. 22.2²² de la Ley 2/2015, de 29 de abril, de empleo público de Galicia; y el art. 14.3 de la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de las Islas Baleares²³.

Ninguna de las leyes ya aprobadas ha sido objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional, y vienen siendo objeto de aplicación en sus ámbitos respectivos.

Estas disposiciones, hasta cierto punto, mezclan dos cuestiones diferentes: por un lado, delimitan el concepto de las actuaciones que, a juicio del legislador autonómico, constituyen el ejercicio de prerrogativas exorbitantes, o son actos de autoridad o gravamen; pero por otro, reflejan la reserva de funciones a determinados cuerpos

²¹ Y dispone: “2. Especialmente, con carácter general, en las administraciones públicas vascas quedarán reservadas a personal funcionario aquellas funciones cuyo ejercicio implique la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o la salvaguardia de los intereses generales de cada administración pública. Entre dichas funciones se encuentran las siguientes: a) La instrucción o la elaboración de propuestas de resolución de expedientes administrativos; b) La inspección, vigilancia o control del cumplimiento de normas o resoluciones administrativas; c) Las órdenes de policía; d) El control y fiscalización de la gestión económico-financiera y presupuestaria; e) La contabilidad; f) La tesorería; g) La fe pública; h) La recaudación ejecutiva; i) La inscripción, anotación, cancelación y demás actos de administración de registros cuya titularidad corresponda a las administraciones públicas vascas; j) La elaboración de normas jurídicas; k) La imposición de sanciones; l) El ejercicio de la potestad arbitral y de mediación; m) La formación de los precios de contratación; n) Funciones de autorización; ñ) Concesión de ayudas y subvenciones; o) Actuaciones relacionadas con el área de transparencia y buen gobierno; p) La gestión de emergencias y protección civil”.

²² Este precepto dispone: “2. En virtud de lo previsto en el apartado anterior, las relaciones de puestos de trabajo reservarán necesariamente al personal funcionario: a) Los puestos que tengan atribuidas funciones que impliquen el ejercicio de autoridad, fe pública o asesoramiento legal. En particular, se entiende que implican ejercicio de autoridad las funciones de policía administrativa, salvo las excepciones que puedan establecerse por norma con rango de ley; b) Los puestos que tengan atribuidas funciones que impliquen la realización de tareas de inspección, fiscalización o control. En particular, quedan reservados al personal funcionario aquellos puestos con funciones que impliquen la realización de tareas de fiscalización interna y control de la gestión económico-financiera y presupuestaria; c) Los puestos que tengan atribuidas funciones que impliquen la realización de tareas de contabilidad y tesorería; d) Los puestos que tengan atribuidas funciones que impliquen la realización de tareas en materia de exacción de tributos; e) Los puestos que tengan atribuidas competencias para dictar actos de incoación, instrucción o resolución de los procedimientos administrativos; f) Los puestos que tengan atribuidas funciones de inscripción, anotación y cancelación de datos en los registros administrativos.

²³ Que establece lo siguiente: “Quedan reservados al personal funcionario de carrera los puestos de trabajo y las funciones cuyo cumplimiento implica ejercicio de autoridad, fe pública o asesoramiento legal, control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, los de contabilidad y tesorería, los de carácter técnico y administrativo, los que comportan jefatura orgánica y, en general, los que se reservan a este personal para una mayor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función, así como los que implican una participación directa o indirecta en el ejercicio de la potestad pública y en la salvaguarda de los intereses generales de la comunidad autónoma”.

y escalas de funcionarios públicos que han sido previamente definidas en otras disposiciones autonómicas, como es el caso de las labores de contabilidad, tesorería o asesoramiento legal preceptivo, y que encajan mejor en una reserva de funciones para salvaguarda de intereses generales²⁴, que no son objeto de nuestro interés. A mi juicio, la reserva de esos puestos a funcionarios no debe influir en el concepto de funciones reservadas a funcionarios públicos por suponer el ejercicio directo o indirecto de potestades administrativas, y menos de aún, considerarse actos de autoridad o expresivos de prerrogativas exorbitantes.

5. El Proyecto de Ley de Función Pública de la Administración del Estado de 16 marzo de 2023

El Consejo de Ministros aprobó el 16 de marzo de 2023 un Proyecto de Ley de Función Pública de la Administración del Estado²⁵ en el que la peliaguda cuestión en examen se ha decantado claramente por la interpretación restrictiva del concepto de potestad administrativa, y cuya redacción recuerda abiertamente —hay que adelantarlo— a la que ostenta su precepto homólogo en la Ley andaluza. Interesa resaltar que esta acotación del concepto tiene lugar sin modificar ni desplazar el art. 9.2 TREBEP, y por consiguiente, que avala la posibilidad de que el resto de Administraciones públicas aborden una regulación similar.

De este modo, el art. 5.2 del Proyecto de Ley delimita del siguiente modo las funciones reservadas a los funcionarios públicos:

“2. Con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración del Estado serán desempeñados por personal funcionario al que corresponde, en todo caso, el ejercicio de las funciones que conlleven la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales de la Administración del Estado.

Son funciones que implican participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales aquellas que materializan el ejercicio de autoridad en cuanto suponen la emanación de actuaciones administrativas obligatorias para sus destinatarios, con posibilidad de exigir su acatamiento en caso de incumplimiento.

A los efectos previstos en el párrafo anterior se incluirán, en todo caso, las siguientes funciones, cualquiera que sea el procedimiento o ámbito en el que se desarrollen:

²⁴ Así lo estima Cantero, 2013: 89.

²⁵ Boletín Oficial de las Cortes Generales n.º 149-1, XIV Legislatura, Serie A, de 24 de marzo de 2023, pp. 1 ss.

- a) La instrucción en todas sus fases o la elaboración de propuestas de resolución en procedimientos administrativos.
- b) Las que correspondan al ejercicio de la autoridad, entre ellas, las funciones de regulación, inspección, vigilancia, control del cumplimiento de normas o resoluciones administrativas y sanción, el otorgamiento de licencias y la emisión de órdenes de policía.
- c) La recaudación de los ingresos públicos, su contabilidad, la gestión de los gastos y ordenación de pagos, así como el ejercicio del control interno y la fiscalización externa de la gestión económico-financiera y presupuestaria pública.
- d) La inscripción, anotación, cancelación y demás actos de Administración de registros públicos, así como la fe pública.
- e) La asistencia jurídica, consistente en el asesoramiento y la representación y defensa en juicio de la Administración General del Estado y sus organismos autónomos.
- f) Cualesquiera otras funciones que la normativa así lo establezca”.

Y por su parte, el art. 7.2, circunscrito en su ámbito de aplicación a la propia Administración del Estado, establece lo siguiente en relación con el personal laboral:

“2. En la Administración del Estado podrán desempeñarse por personal laboral los siguientes puestos de trabajo:

- a) Aquellos que se correspondan con una profesión regulada, los que requieran conocimientos técnicos especializados, los propios de oficios, así como los de vigilancia, mantenimiento y otros análogos, que no estén incluidos en el ámbito funcional de ningún cuerpo o escala de personal funcionario de carrera al servicio de la Administración del Estado ni se incluyan entre las funciones a las que se refiere el artículo 5.2.
- b) Los puestos adscritos a la Administración del Estado en el exterior, cuando se correspondan con funciones de coordinación, ejecución y seguimiento de programas y actuaciones específicas o funciones de apoyo administrativo.
- c) Los puestos de carácter instrumental para el funcionamiento de la Administración del Estado que no tengan efectos jurídicos en relación con la ciudadanía o con otras Administraciones.

d) Los puestos de prevención de riesgos laborales, seguridad e higiene y vigilancia de la salud, sin perjuicio de que puedan ser desempeñados igualmente por personal funcionario”.

Coincido a grandes rasgos con la ordenación que establecen estos preceptos, y desde luego, ayudan a arrojar alguna luz sobre la cuestión en examen. En particular, con la opción normativa de restringir expresamente en el art. 5.2 el alcance del concepto de potestad pública en este ámbito a “aquellas que materializan el ejercicio de autoridad en cuanto suponen la emanación de actuaciones administrativas obligatorias para sus destinatarios, con posibilidad de exigir su acatamiento en caso de incumplimiento”. Ahora bien, lo que no me parece correcto es que el precepto afirme que “Son funciones públicas que implican participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas (...)”, sin apostilla o concreción. Como sabemos, la jurisprudencia considera que existen potestades que no conllevan ejercicio de autoridad. Por consiguiente, en lugar del rodeo léxico que orquesta el precepto, habría preferido una proposición más directa; por ejemplo:

“Con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración del Estado serán desempeñados por personal funcionario, al que corresponden las funciones que implican participación directa o indirecta en la salvaguardia de los intereses generales y las potestades públicas que materializan el ejercicio de autoridad en cuanto suponen la emanación de actuaciones administrativas obligatorias para sus destinatarios, con posibilidad de exigir su acatamiento en caso de incumplimiento”.

Por otra parte, hemos de entender que el desglose de supuestos que aparece en el precepto no es exhaustivo –se omiten algunas potestades que suponen ejercicio de autoridad, como la expropiatoria–, pero su consignación es a título ilustrativo y no excluyente.

De otro lado, es desafortunado que el art. 5.2 regule las *funciones* reservadas a los funcionarios en tanto que el art. 7.2 aluda a los *puestos* del personal laboral. En mi opinión, debería haberse unificado la terminología en ambos preceptos, refiriéndose en todo caso a las funciones, mejor que a los puestos.

Un aspecto que sí debería haberse tratado con más detalle, a mi juicio, es la delimitación entre ejercicio de potestades administrativas propiamente dichas y tareas auxiliares, materiales o técnicas, de soporte o apoyo a dicho ejercicio. El art. 7.2 c) establece a este respecto que pueden desempeñarse por el personal laboral: “Los puestos de carácter instrumental para el funcionamiento de la Administración del Estado que no tengan efectos jurídicos en relación con la ciudadanía o con otras Administraciones”. Además de evidenciar nuevamente lo inapropiado de utilizar aquí

el término puesto, seguramente habría convenido un poco más de pedagogía en la descripción de lo que se consideran funciones o tareas de carácter instrumental, para deslindar de mejor manera este ámbito de labores de las funciones que se reservan a los funcionarios.

III. FUNCIONES QUE PUEDEN DESEMPEÑAR LOS EMPLEADOS LABORALES

El hecho de que se reserven a funcionarios públicos las potestades anteriormente mencionadas, no impide que su actividad se encuentre asistida por empleados laborales, o por servicios externalizados, que realicen labores auxiliares y de carácter técnico o especializado, posición que es prácticamente unánime en la doctrina²⁶. Esta cuestión se analiza con detalle en el Capítulo V, aquí sólo se esboza un mero apunte, en aras a la claridad del discurso.

El problema es que la legislación básica estatal no regula este punto. Ahora bien, existe una normativa propia del Estado que sí detalla la cuestión: el art. 15 c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública²⁷. El precepto combina en esta relación dos operaciones radicalmente distintas: aunque parezca que hace referencia exclusivamente a los puestos de trabajo que, digamos, en su entera dimensión profesional, no se consideran implicados en el ejercicio directo o indirecto de potestades administrativas (como los puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los de vigilancia, porteo y otros análogos, por ofrecer un ejemplo), además hace entrever que, incluso cuando se ejerzan potestades adminis-

²⁶ Así, Sánchez Morón, 2017: 70; Parada y Fuentetaja, 2017: 168; Jordano, 2015: 18 ss.; Cantero, 2013: 93; y Quesada, 2011: 162.

En la opinión contraria, RECUERDA GIRELA, M.A. y FERNÁNDEZ DELPUECH, L.: “Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 83, 2012, p.83.

²⁷ Que dispone: “c) Con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración del Estado y de sus Organismos Autónomos así como los de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, serán desempeñados por funcionarios públicos. Se exceptúan de la regla anterior y podrán desempeñarse por personal laboral: - los puestos de naturaleza no permanente y aquellos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo; - los puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los de vigilancia, custodia, porteo y otros análogos; - los puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social, así como los puestos de las áreas de expresión artística y los vinculados directamente a su desarrollo, servicios sociales y protección de menores; - los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño; - los puestos de trabajo en el extranjero con funciones administrativas de trámite y colaboración y auxiliares que comporten manejo de máquinas, archivo y similares; los puestos con funciones auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo”.

trativas, quienes tengan asignada esa función se pueden encontrar asistidos por otras personas que realicen labores auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo, o por actividades que requieran conocimientos técnicos especializados para los que no existan funcionarios públicos cualificados.

Algunas CCAA también han establecido determinaciones al respecto. Por ejemplo, el art. 6.2 párr.2º de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del empleo público de Castilla-La Mancha, establece lo siguiente: “A los efectos de lo previsto en el presente apartado y salvo supuestos excepcionales, se considerará que las funciones instrumentales, auxiliares o de apoyo no participan en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales”; y más detalladamente, el art. 11.3 de la misma Ley pormenoriza los puestos y funciones en cuestión²⁸. En análogo sentido, el art.17.4 de la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de función pública de las Islas Baleares²⁹; el art. 18.6 de la Ley 13/2015, de 8 de abril, de la función pública de Extremadura³⁰; el art. 26.3 de la Ley 2/2015, de 29 de abril, de empleo público

²⁸ Del siguiente modo: “3. Siempre que no impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales, en la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y en sus entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes que se rijan íntegramente por el Derecho administrativo, el personal laboral únicamente puede desempeñar los siguientes empleos: a) Los empleos de naturaleza no permanente y aquellos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo; b) Los empleos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los que conlleven tareas de vigilancia, recepción, información, custodia, porteo, reproducción de documentos, conducción de vehículos y otros análogos; c) Los empleos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos, instalaciones o vías públicas; d) Los empleos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan cuerpos de personal funcionario cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño; e) Los empleos que se reserven de forma exclusiva a las personas que accedan por el sistema específico de acceso de personas con discapacidad”

²⁹ Su texto es el siguiente: “El personal laboral únicamente puede llevar a cabo las funciones atribuidas a los siguientes puestos: a) Los puestos cuyas actividades sean propias de una profesión determinada, que impliquen tareas de vigilancia, custodia, transporte u otras análogas, o que correspondan a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos, siempre y cuando estas funciones no sean las propias de cuerpos, escalas o especialidades de personal funcionario; b) Los puestos correspondientes a las áreas de mantenimiento y de conservación de edificios, de equipos y de instalaciones; c) Los puestos que la relación de puestos de trabajo reserva a personas con discapacidad intelectual moderada, ligera o límite y a las personas con sordera prelocutiva profunda, severa o media”.

³⁰ Su texto es el siguiente: “6. Siempre que no impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales, en la Administración de la Junta de Extremadura y en sus Organismos y Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes que se rijan íntegramente por el Derecho administrativo, el personal laboral podrá desempeñar los siguientes empleos: a) Los empleos de naturaleza no permanente y aquellos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo; b) Los empleos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los que conlleven tareas de vigilancia, recepción, información, custodia, porteo, reproducción de documentos, conducción de vehículos y otros análogos; c) Los empleos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equi-

de Galicia³¹; y el art. 44.3 de la Ley 11/2022, de 1 de diciembre, de empleo público vasco³².

El resultado de esta ecuación es que un empleado laboral, o un sujeto de Derecho privado (sea en mano pública o de libre mercado), pueden participar del ejercicio de la potestad sancionadora en materia de tráfico tomando fotografías de vehículos mal aparcados que luego son revisadas por un funcionario público para acordar la incoación del expediente sancionador. La jurisprudencia ha avalado este tipo de operaciones, como se desprende especialmente de la STS 24/11/2009, rec. 4035/2005, *supra* citada *in extenso*. Lo corroboran también la la STS 469/2023, de 12 de abril, y la de 06/10/2011, rec. 239/2009: en esta última se acudió a la contratación de servicios externos para la integración de equipos multidisciplinares de atención a menores; la sentencia, anulando la de instancia, rechaza que ello suponga vulnerar la reserva de funciones públicas, en los siguientes términos:

pos, instalaciones o vías públicas; d) Los empleos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan cuerpos de personal funcionario cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño; e) Los empleos correspondientes a áreas de actividad de servicios sociales o asistenciales”.

³¹ Que dispone: “Pueden ser desempeñados por personal laboral: a) Los puestos de naturaleza no permanente y aquellos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo; b) Los puestos cuyas actividades sean propias de oficios; c) Los puestos correspondientes a áreas de actividad que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan cuerpos o escalas de personal funcionario en los cuales las personas integrantes tengan la preparación específica necesaria para su desempeño; d) Los puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipamientos e instalaciones, y artes gráficas, así como los puestos de las áreas de expresión artística”.

³² Que dispone: “3. Las relaciones de puestos de trabajo podrán prever que determinados puestos de trabajo sean desempeñados por personal laboral, siempre que se circunscriban a los siguientes ámbitos: a) Los puestos de trabajo que satisfagan necesidades de carácter periódico y discontinuo; b) Los empleos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas y encuestas, cuyas funciones sustanciales tengan por objeto mantener la infraestructura material necesaria para el funcionamiento de los servicios o facilitar datos objetivos encaminados a posibilitar los estudios necesarios para la toma de decisiones; c) Los empleos de carácter singularizado y cuyo desempeño no requiera una formación académica determinada, que no sean atribuibles a cuerpos o escalas ya existentes ni, por la propia naturaleza de su contenido, hagan aconsejable la creación de otros nuevos; d) Empleos propios de tareas o que únicamente conlleven tareas de vigilancia, recepción, información, custodia y transporte de documentos, reproducción de documentos o tareas de apoyo a las antes citadas; e) Docentes y personal auxiliar y especialista de centros educativos que no pertenezcan al sistema de educación reglada o universitaria y de centros de reeducación de menores; f) Los empleos reservados, según las relaciones de puestos de trabajo, a las personas con discapacidad que, en razón de su tipo o grado, les impidan demostrar sus competencias o habilidades mediante el sistema general de acceso para personas con discapacidad; g) Los empleos vinculados únicamente con funciones de protocolo y organización de eventos o congresos; h) Personal docente de Religión de la enseñanza reglada primaria y secundaria; i) Los puestos en el extranjero con funciones auxiliares; j) Los empleos que, en atención a su naturaleza o a las características del servicio que presten los órganos o unidades a las que figuren adscritos, se determinen mediante ley del Parlamento Vasco”.

“las Administraciones Públicas acuden a variadas técnicas contractuales, mediante la pertinente colaboración, para la gestión externa de funciones objetivamente administrativas (algunas de carácter confidencial y reservado), (...) Sobre este punto debe tenerse en cuenta que el asesoramiento técnico prestado por los citados equipos en nada puede afectar ni al ejercicio de la función jurisdiccional atribuida a los Juzgados de Menores, ni al desarrollo de las funciones encomendadas a las Fiscalías de Menores, ni, en definitiva, al ámbito material de competencias asumidas sobre este particular por la correspondiente Administración autonómica”.

Y resulta muy ilustrativo del orden de cosas subyacente la diferencia de criterio entre el Tribunal Superior de Justicia de Valencia y el Tribunal Supremo en relación con las funciones encomendadas a la empresa pública VAERSA. En esta cuestión, la STSJ Valencia 382/2014, de 6 de junio, no rechaza que se puedan encomendar a la empresa pública las funciones técnicas y auxiliares necesarias para tramitar el procedimiento, si bien pone de manifiesto es que, en este caso, realmente, se estaba tramitando por la empresa pública *el procedimiento administrativo en su integridad*, y considera que esa función (la instrucción material del procedimiento) sí constituye el ejercicio de una potestad administrativa, que queda reservada a funcionarios públicos y no puede ser transferida a la empresa pública³³. Por el contrario, la STS 04/11/2015,

³³ Es el caso de la STSJ Valencia 382/2014, de 6 de junio, en la que se analiza la encomienda de gestión a una empresa autonómica (VAERSA) la “Realización de estudios de impacto ambiental, ejecución de los mismos y vigilancia de las medidas correctoras o del condicionado ambiental en el ámbito de la Comunidad Valenciana correspondiente al bienio 2008-2009”. En su f.j.3º, la sentencia comienza diciendo que, en principio, VAERSA puede asumir tales funciones; pero entra a analizar el modo en el que lo hace, para concluir que, en realidad, todo el expediente administrativo es tramitado por la empresa pública: Estas circunstancias llevan a la Sala a concluir su razonamiento de la siguiente manera (f.j.5º): “Así las cosas, es cierto que como sostiene el Sindicato actor, la actividad administrativa de evaluación del impacto ambiental de cualquier actuación o proyecto, supone el ejercicio de una potestad administrativa, que corresponde ejercitarla a la Conselleria de Medio Ambiente a través de sus funcionarios. Y aunque ello no excluye la intervención de una empresa pública que tiene el carácter de ente público instrumental y servicio técnico de la Administración, conforme se lo atribuye el art. 102, párrafo segundo, de la Ley autonómica 12/2004, entre cuyos cometidos aparece: “6. La realización de estudios de impacto ambiental, ejecución de los mismos y vigilancia de las medidas correctoras o del condicionado ambiental”, pues siendo la Declaración de Impacto Ambiental un acto de trámite cualificado, cuyo contenido es básicamente técnico, la Administración, ante la falta de suficientes recursos propios, puede acudir a VAERSA, como servicio técnico de la Conselleria para colaborar en aquellos aspectos que no supongan el ejercicio de potestades administrativas, sin embargo, tal intervención tiene un límite que no puede traspasar: el ejercicio de potestades administrativas; y así se advierte expresamente en su normativa de creación. (...) en muchos de tales Informes se recoge asimismo, en un apartado específico, la tramitación administrativa en la que se insertan (v.gr: expedientes 4/2008, 5/2008, 194/2008, 294/2008,...), en la que consta la formulación de consultas a otros órganos administrativos, la petición de informes y su valoración, la solicitud de documentación y de expedientes administrativos, el sometimiento a información pública y la valoración de alegaciones; e incluso en algún expediente (caso del núm. 296/2008), el Informe de VAERSA de 29/junio/08 constituye una auténtica resolución administrativa, compuesta por Resultandos, Considerandos y Parte dispositiva (...). Realmente,

rec. 2782/2014, estima el recurso de casación interpuesto por la Generalidad Valenciana y la propia empresa, observando que, a pesar de que los expedientes los tramite VAERSA, finalmente son funcionarios públicos de la Generalidad quienes los asumen y firman, por lo que corresponde a éstos su autoría y responsabilidad, de manera que no concurre ilegalidad alguna³⁴. En definitiva, *el Tribunal Supremo reconoce que toda la instrucción de un procedimiento administrativo puede, de hecho, externalizarse, siempre que finalmente haya un funcionario público que dicte la resolución definitiva del procedimiento, asumiendo la autoría y responsabilidad de todo lo actuado.*

Ahora bien, esta posición parece haberse desplazado en otros pronunciamientos posteriores ya comentados más arriba (§ 3 *in fine* de este Capítulo): las STS 525/2019, de 22 de abril; y 1160/2020, de 14 de septiembre. Especialmente en esta última, como expusimos en ese lugar, el Tribunal Supremo parece proclamar una suerte de *reserva de procedimiento administrativo en el ejercicio de potestades administrativas*, de tal manera que la participación en la tramitación de cualquier procedimiento dictando actos de instrucción supondría el ejercicio de potestades administrativas y quedaría reservada a funcionarios públicos. Consideramos, no obstante, que la interpretación más acorde a nuestro Ordenamiento jurídico es la integradora y sistemática que acoge el Tribunal Constitucional en su sentencia 106/2019, de 19 de septiembre, y que también ha asumido el Tribunal Supremo en otros pronunciamientos recientes, como en la sentencia 294/2020, de 2 de marzo (ambas anteriormente citadas). En su virtud, tales actos de instrucción quedarían reservados a funcionarios públicos cuando se trate de potestades que supongan ejercicio de autoridad, en el sentido asimismo anteriormente expuesto: cuando se trate de actos desfavorables o de gravamen, o cuyo cumplimiento pueda imponerse a los ciudadanos en el caso de que no se avengan voluntariamente a su ejecución.

la prueba pone de manifiesto que la instrucción del procedimiento, en cuanto conlleva la labor de valorar la información disponible sobre el proyecto en cuestión y decidir -auténtica potestad administrativa- cual debe ser el contenido de la propuesta de resolución, se lleva a cabo básicamente por personal de VAERSA (...). Todo ello excede, pues, del contenido técnico funcional atribuido a VAERSA por la normativa que la creó y supone, de facto, el ejercicio de las potestades administrativas en materia del control y decisión sobre la adecuación medioambiental de los proyectos que les son sometidos a informe, lo que entraña igualmente una vía de hecho, a la que se debe poner inmediato fin, ordenando su cese”.

³⁴ En el f.j.1º explica esta sentencia: “lo cierto es que lo único que queda acreditado es que los informes técnicos que emiten los trabajadores técnicos de la empresa pública VAERSA, son normalmente asumidos por los funcionarios que firman la propuesta de resolución, y por los órganos competentes para éstas, y es evidente que al margen de que los trabajadores o funcionarios preparen materialmente las propuestas de resolución o las mismas resoluciones, la autoría y responsabilidad de éstos es de quienes teniendo la competencia para ello, las asumen y firman. En consecuencia, se podrá discutir si los trabajadores de VAERSA ejercen funciones laborales que no les correspondan con arreglo a su normativa reguladora, pero desde luego discrepamos de la sentencia”.

Cosa distinta es el valor probatorio que puedan tener esas actuaciones realizadas por empleados laborales o por sujetos privados, pues en tal caso, y como vemos a continuación, no se encontrarán revestidas de presunción de certeza y veracidad, sometiendo su valoración probatoria al criterio de la sana crítica.

IV. EL ART. 15 LFPA: UN PRECEPTO CON TRES CAPAS

1. Teleología y estructura del precepto

A la vista de cuanto antecede, el análisis del art. 15 LFPA se presenta ahora bastante fácil de emprender. Conviene comenzar por lo que ya se anuncia en la Exposición de Motivos, pues resulta sumamente elocuente de la ordenación legal:

“Por primera vez se incluye en una norma andaluza reguladora con carácter general de la función pública la identificación de las actuaciones administrativas que implican participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales, a cuyo efecto se determinan las que serán desempeñadas exclusivamente por personal funcionario. Así, la ley delimita las funciones que se reservan al personal funcionario público y las que puede realizar el personal laboral. Se parte de las determinaciones establecidas en el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, que remite a sus leyes de desarrollo la concreción de lo que se entienda por «ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones públicas». En la presente ley se opta por interpretar esa previsión de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la reserva de puestos a las personas nacionales de los Estados miembros, considerando que se trata de las actuaciones administrativas obligatorias para las personas destinatarias de las mismas, que permitan exigir su acatamiento en caso de incumplimiento. Sin perjuicio de ello, se establece una serie de funciones que, en todo caso, quedan reservadas a personal funcionario público, estén o no comprendidas en la delimitación anterior. Y también se relacionan, para mayor seguridad jurídica, las funciones que pueden ser desempeñadas por el personal laboral, en línea con lo que se ha establecido para el empleo público en la legislación del Estado y de otras Comunidades Autónomas. Por otra parte, y de acuerdo con la jurisprudencia en la materia, se puntualiza que la reserva de funciones a personal funcionario público se establece sin perjuicio de que pueda encontrarse asistido en su labor para la realización de actuaciones preparatorias, de carácter material, técnico o auxiliar, que no constituyan actos administrativos de cualquier

naturaleza. Las relaciones de puestos de trabajo o instrumentos equivalentes de ordenación de recursos humanos descenderán al nivel de detalle para identificar la clase de personal empleado público que puede desempeñar cada uno de los puestos de trabajo”.

Es texto es absolutamente revelador y muy pedagógico, tanto de la teleología, como de la estructura sistemática del art. 15 LFPA, precepto en el que se materializan sus postulados. Se trata de una regulación articulada en tres capas o niveles:

1. El principio general de ordenación del empleo público de preferencia general por puestos desempeñados por funcionarios públicos –art. 15.3 LFPA–.
2. La delimitación de las funciones reservadas a funcionarios públicos, que conlleva, a su vez, una doble operación: (i) la interpretación de lo que deba entenderse “conceptualmente” por participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas –art. 15.1 LFPA–; y (ii) un elenco o relación de funciones que, en todo caso, y sin perjuicio de lo anterior, se reservan a los funcionarios –art. 15.2 LFPA–.
3. La descripción de puestos que pueden desempeñarse por personal laboral –art. 15.4 LFPA–.

2. Las funciones reservadas a funcionarios públicos

Esta cuestión, como se ha dicho, se aborda en primer lugar apostando por una concreta decantación del concepto de potestades públicas, análoga a la que posteriormente ha asumido el Proyecto de Ley de Función Pública de la Administración del Estado, lo que supone un indudable respaldo al texto andaluz, que dispone –art. 15.1 párr.2º LFPA–:

“A los efectos previstos en este artículo, implican participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales aquellas funciones que materializan el ejercicio de autoridad y las actuaciones administrativas obligatorias para las personas y entidades destinatarias que permitan exigir su acatamiento en caso de incumplimiento, no debiéndose considerar como tales, en estos casos, sus actuaciones preparatorias, de carácter instrumental, material, técnico, auxiliar o de apoyo, que no constituyan actos administrativos de cualquier naturaleza”.

Se produce aquí una relevante doble acotación. Por un lado, positiva –ámbito material abarcado por el concepto–, apostándose por restringir la noción de potestad pública a la que suponga el ejercicio de autoridad o *imperium*, describiendo además

en qué consiste semejante autoridad (exigir acatamiento en caso de incumplimiento); y por otro lado, negativa —ámbito material excluido del concepto—, aclarando que las actuaciones preparatorias, de carácter instrumental, técnico, auxiliar o de apoyo, que no constituyan actos administrativos, tampoco suponen el ejercicio de potestades administrativas.

Realizada esa acotación positiva y negativa, se procede públicas —art. 15.2 LFPA— a relacionar una serie de funciones reservadas al personal funcionario:

“2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, serán desempeñadas exclusivamente por personal funcionario las siguientes funciones:

- a) La fe pública administrativa que, entre otras funciones, conllevará la expedición de certificaciones o de copias auténticas.
- b) La constatación de hechos que, de acuerdo con su normativa específica, tengan presunción de veracidad.
- c) La inscripción, anotación, cancelación y demás actos de administración de registros administrativos, que tengan efecto constitutivo.
- d) La emanación de órdenes de policía.
- e) La adopción de medidas cautelares o de reposición.
- f) Las actuaciones atribuidas a personal funcionario público habilitado para la identificación y firma de la ciudadanía en las oficinas de asistencia en materia de registro, conforme a lo dispuesto en la legislación del procedimiento administrativo común.
- g) El control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria.
- h) En materia de contratación pública, la potestad tarifaria, la interpretación, modificación unilateral y resolución de contratos, así como la verificación y control de su cumplimiento.
- i) El reintegro de ayudas y subvenciones.
- j) Deslinde y recuperación de bienes públicos.

k) Además, en la tramitación de procedimientos administrativos que se instruyan en una entidad instrumental, el asesoramiento legal preceptivo, las funciones de persona responsable o instructora y la elevación de propuesta de resolución en los procedimientos que den lugar a actos desfavorables o de gravamen o que supongan el ejercicio de prerrogativas o poderes exorbitantes, así como los procedimientos de mediación y arbitraje, de conformidad con lo dispuesto en la normativa que resulte de aplicación.

l) Las funciones atribuidas a personal funcionario en la legislación reguladora de determinados cuerpos, y en particular, el Cuerpo de Letrados y Letradas de la Junta de Andalucía; el Cuerpo de Letrados y Letradas de la Administración Sanitaria de la Junta de Andalucía; los Cuerpos de Inspección y Subinspección de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda; el Cuerpo de Inspección de Servicios Sanitarios, con las especialidades de Inspección Médica y de Inspección Farmacéutica, y el Cuerpo de Subinspección Enfermera de Servicios Sanitarios; la especialidad de Agentes de Medio Ambiente del Cuerpo de Ayudantes; el Cuerpo Superior de Inspección General de Servicios de la Junta de Andalucía; el Cuerpo Superior de Oficiales Inspectores de Bomberos Forestales y Emergencias en el Medio Natural; el Cuerpo de Oficiales Subinspectores de Bomberos Forestales y Emergencias en el Medio Natural, y el Cuerpo Técnico de Suboficiales de Bomberos Forestales y Emergencias en el Medio Natural”.

Esa relación tiene carácter ilustrativo y no excluyente (se establece “sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1”). Pero también desempeña la misión de reservar a los funcionarios públicos una serie de funciones adscritas a cuerpos funcionariales específicos como opción del legislador andaluz. Es decir, que entre las funciones que relaciona este apartado, hay algunas que son ejercicio de autoridad, pero también hay otras –significadamente, la letra l)– que, aun sin serlo necesariamente, se reservan a los funcionarios.

De otro lado, resulta difícil de entender que las funciones de la letra k) se reserven a los funcionarios exclusivamente en las entidades instrumentales, tal y como la literalidad del precepto parece decir. Este precepto es de difícil interpretación. En mi opinión, no pretende ni consentir que esas funciones sean desempeñadas en la Administración General de la Junta de Andalucía por personal laboral, ni reducir o limitar a esas concretas funciones como las únicas que se reservan a funcionarios en las entidades instrumentales. Considero que lo que pretende establecer es que, *incluso* en las entidades instrumentales, esas funciones quedan reservadas a funcionarios, sin que puedan desempeñarse por personal laboral. Pero lo que desconcierta es que en ninguna parte se predique que varias de las funciones relacionadas en el precepto también se reservan a los funcionarios de la Administración General y no solo a los

de las entidades instrumentales. En resumen, esta letra supone una distorsión en la economía de la norma –no parece encajar bien en el lugar sistemático en el que ubica– y resulta un tanto oscura en sus determinaciones.

3. Funciones que pueden realizar los empleados laborales.

Estas aparecen en el art. 15.4 LFPA, que dispone:

“4. En el marco de lo dispuesto en el presente artículo, en la Administración de la Junta de Andalucía podrán desempeñarse por personal laboral:

- a) Los puestos de trabajo de naturaleza no permanente y los que se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo.
- b) Los puestos cuyas actividades únicamente conlleven tareas que sean propias de oficios, así como los de vigilancia, custodia, porteo, recepción, información, reproducción de documentos, conducción de vehículos y análogos o tareas de apoyo a las antes citadas.
- c) Los puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos, instalaciones o vías públicas, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social.
- d) Los puestos de las áreas de expresión artística, servicios sociales, asistenciales y culturales, y del área de protección de menores.
- e) Los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran habilidades prácticas y conocimientos de carácter técnico o especializado, cuando no existan cuerpos de personal funcionario en los cuales sus integrantes tengan la preparación específica necesaria para su desempeño. También los puestos de centros de investigación que sean necesarios para la ejecución de proyectos determinados.
- f) Cualesquiera otros puestos con funciones de carácter auxiliar, instrumental o de apoyo administrativo o técnico a las propias que implican ejercicio de autoridad, o a las que, de acuerdo con lo previsto en este artículo, se encuentran reservadas al personal funcionario”.

Es clara la inspiración que ha buscado este precepto en el art. 15 LMURFP y en la legislación autonómica homologable, a pesar de que existen notables diferencias de amplitud en la descripción de estos puestos en la legislación comparada. La Ley

vasca es la más prolija. La pregunta a dilucidar en este punto es si solo los puestos que aparecen en estas relaciones específicas pueden ser desempeñados por empleados laborales, o bien se trata de enunciados meramente explicativos y no excluyentes. A mi juicio, y aun existiendo un principio general de preferencia por el personal funcionario, la determinación legal de funciones –o puestos– que pueden desempeñarse por el personal laboral no impide en modo alguno que también puedan realizar otras funciones, respetando siempre la reserva de las que corresponden a funcionarios. Serán los instrumentos de ordenación del personal los que deban pronunciarse sobre la cuestión. Y así como es posible que los funcionarios realicen labores que pueden realizar los laborales, también es posible que, en tales instrumentos, se asigne al personal laboral puestos en los que se desempeñen funciones que no estén reservadas a funcionarios en el art. 15.1 y 2 LFPA, aun cuando supongan el ejercicio de potestades administrativas, esto es, siempre que no se trate de potestades reservadas a funcionarios.

Por otra parte, la letra *f*) es coherente con el art. 15.1 párr. 2º *in fine* de la propia LFPA. Ambas previsiones se complementan.

Poco más cabe añadir al análisis de esta disposición, por cuanto que las coordenadas de la cuestión se han ido realmente estableciendo a todo lo largo de este trabajo.

V. ATRIBUCIÓN DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS A ENTIDADES CON PERSONALIDAD DE DERECHO PRIVADO: LA MODIFICACIÓN DEL ART. 75.2 LAJA

Para completar este trabajo queda por exponer una relevante modificación normativa a la que procede la disposición final 2ª LFPA, que modifica el art. 75.2 de la Ley 9/2007, de 22 de diciembre, de la Administración de la Junta de Andalucía (LAJA), que antes de ser modificado establecía que las sociedades mercantiles del sector público andaluz “En ningún caso podrán ejercer potestades administrativas”.

Con fundamento en este precepto el TSJA ha considerado contrarias al Derecho propio de Andalucía algunas disposiciones que atribuían potestades a este tipo de entidades, confirmando después el Tribunal Supremo las sentencias, debido a que se sustentaban en Derecho autonómico. Así, la STS 1841/2018, de 19 de diciembre, referente a VEIASA, empresa pública de la Junta de Andalucía a la que se encomendó la realización de la actividad de inspección técnica de vehículos (ITVs) mediante la D.F.1ª del Decreto 122/2014, de 26 de agosto, que modificó el Decreto 59/2005, de 1 de marzo, por el que se regula el procedimiento para la instalación, ampliación, traslado y puesta en funcionamiento de los establecimientos industriales, así como

el control, responsabilidad y régimen sancionador de los mismos. Con base en ese concreto régimen que era aplicable en Andalucía, la sentencia de instancia (STS-JA 24/10/2017, rec. 707/2014), en razonamientos que el Tribunal Supremo hace suyos, considera que:

“es procedente el recurso en cuanto al fondo de esta modificación, porque a diferencia del resto de los artículos que se limitan a reproducir la Ley 9/2007 y que atribuyen a la Agencia potestades administrativas, porque son según la Disposición adicional décima medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración de la Junta de Andalucía y por tanto obligadas a cualquier encomienda de gestión en las materias propias de su objeto y fines.

Una Sociedad Anónima como es VEIASA, no es, según la Ley antes citada, medio propio instrumental de la Administración de la Junta de Andalucía, de ahí que la modificación del Decreto sobre las facultades de cumplimiento de las disposiciones reglamentarias y requisitos de seguridad, así como de inspección atribuidas o realizadas a través de una empresa mercantil como medio propio instrumental, vulnera dicha Disposición adicional décima y lo que es más importante, *el mandato expreso de la propia Ley Andaluza artículo 75, que prohíbe expresamente la atribución de funciones que impliquen el ejercicio de potestades públicas a sociedades mercantiles, y la reserva funcional que configura el artículo 9.2 Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, por lo que procede en consecuencia la nulidad de la modificación del artículo 7 del Decreto 59/2005 llevada a cabo por la Disposición Final del Decreto aquí revisado”.

Es dudosa la afirmación de que VEIASA no sea medio propio. Podría compartirse que se anule el Decreto con base en el Derecho propio de Andalucía, toda vez que el art. 75.2 párr.2º LAJA, prohibía a las empresas mercantiles del sector público andaluz ejercer potestades administrativas. Pero lo que no resulta comprensible es que se invoque el art. 9.2 TREBEP, porque resulta incoherente con la situación existente en la materia, toda vez que, en la mayoría de CCAA, estas funciones de verificación e inspección industrial han sido objeto de externalización y corresponden a empresas estrictamente privadas. Resulta inexplicable fundamentar en el art. 9.2 TREBEP que tales funciones no puedan encomendarse a una empresa pública, y que, en cambio, sí puedan llevarse a cabo por sociedades mercantiles estrictamente privadas.

En cualquier caso, como he comentado, el Tribunal Supremo se limita a constatar que el fundamento del fallo del TSJA es el Derecho propio de Andalucía y, con independencia de las afirmaciones que desliza en los fundamentos jurídicos

de la sentencia, el motivo de desestimación de la casación es que no le corresponde pronunciarse sobre una cuestión en la que se ha aplicado el Derecho autonómico.

Análogas consideraciones cabe hacer respecto de la STS 75/2019, de 29 de enero, sobre una modificación de los Estatutos de la Agencia IDEA, que confirma la STSJA 24/02/2016, rec.704/2014.

La modificación que ha llevado a cabo la d.f.2ª LFPA consiste en modificar el art. 75.2 LAJA, para conferirle la siguiente redacción:

“2. Las sociedades mercantiles del sector público andaluz tendrán por objeto la realización de actividades comerciales o de gestión de servicios en régimen de mercado, actuando bajo el principio de la libre competencia.

En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, sin perjuicio de que excepcionalmente la ley pueda atribuirles el ejercicio de potestades administrativas”.

De este modo, el Derecho autonómico se alinea con el estatal, pues el art. 113 LRJSP tiene una redacción equivalente. Y esa redacción es coherente además con el art. 2.2 b) LPAC, que admite el ejercicio de potestades administrativas por entidades de Derecho privado del sector público.

El problema que se produce en la práctica es la aparente desconexión existente entre el art. 9.2 TREBEP y estas disposiciones. Si el art. 2.2 b) LPAC admite que las entidades privadas del sector público ejerzan potestades, y el art. 113 LRJSP solo restringe la atribución de las que impliquen el ejercicio de autoridad pública, no debería regir en este ámbito la reserva de funciones a funcionarios públicos. Existen fórmulas con las que articular la integración de funcionarios en sociedades mercantiles públicas, pero no parece razonable exigir las si del propio sistema normativo se desprende la habilitación a ejercer potestades administrativas a entidades cuyo personal es por naturaleza laboral.

Con todo, se aprecia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo una interpretación muy restrictiva de la excepcionalidad con la que se tolera el ejercicio de potestades por sociedades mercantiles, incluso las que provocan efectos favorables y no suponen ejercicio de autoridad. El caso de la STS 469/2023, de 12 de abril, sobre la mercantil INECO, es sintomático. No parece que tales restricciones interpretativas jueguen cuando es la Ley la que atribuye potestades, como sucede con Correos y Telégrafos en la disposición adicional 1ª de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal; o con los ejemplos ya referidos de empleados laborales del Banco de España.

Es más, según han mostrado Toscano y Álvarez en sus recientes aportaciones en la materia, son muy frecuentes los ejemplos de encargos a mercantiles del sector público en relación con procedimientos de otorgamiento de subvenciones³⁵. Y no debería ser causa de anatema cuando en nuestro ordenamiento son muy frecuentes los casos de ejercicio de potestades por sujetos privados (remitir). No se alcanza a ver por qué un particular puede ejercer potestades administrativas, pero una entidad privada del sector público no.

³⁵ Véanse TOSCANO, 2023: pp.27 ss.; y ÁLVAREZ, 2023: pp.55 ss.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E.M.: “La galaxia subjetiva: los «poderes adjudicadores» de subvenciones del poder público y las entidades colaboradoras”, en GAMERO CASADO, E. y ALARCÓN SOTOMAYOR, L.: *20 años de la Ley General de Subvenciones*, Instituto Nacional de Administración Pública y Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Madrid, 2023.

BERNING PRIETO, A.D.: “Delimitación entre potestades administrativas y actividades técnicas o auxiliares”, en GAMERO CASADO, E. (Dir.), *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

CANTERO MARTÍNEZ, J.: “Criterios para la clasificación del empleado público: ¿funcionario o laboral?”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.º 5, 2013.

- “El ejercicio de funciones de autoridad por funcionarios interinos (a propósito de la jurisprudencia sobre policía local)”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 14, 2020.

CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, C.: “El papel del funcionario y del laboral en el nuevo diseño de la Administración pública”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 11, 2011 (BIB2010\2998).

FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA, J.: “El Estatuto básico del empleado público y la regulación de las funciones reservadas al funcionario público”, *REDA*, n.º 139, 2008 (BIB2008\1632).

FUENTETAJA PASTOR, J. (2013): *Pasado, presente y futuro de la función pública*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor.

GAMERO CASADO, E. (Dir.): *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021. En esta obra, del propio autor:

- Capítulo I: “Delimitación conceptual de la potestad administrativa”.
- Capítulo VI: “Ejercicio de potestades administrativas por entidades del sector público con personalidad de Derecho privado”.
- Capítulo VII: “El ejercicio de potestades administrativas en el empleo público”.

JORDANO FRAGA, J.: “Grietas en los ejes del modelo constitucional: las funciones reservadas a los funcionarios”, *REDA*, n.º 174, 2015 (BIB 2015\16796).

LASARTE ÁLVAREZ, J.: “Reflexión sobre principios del gasto público y potestades administrativas”, en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

LARIOS RISCO, D.: “Comentario al artículo 9”, en PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A. (Dirs.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: *La relación laboral especial de empleo público*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

MONTILLA PÉREZ, S.: “La reserva funcionarial establecida en el artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 58, 2021.

MORENO LÓPEZ, G.: “Clases de personal al servicio de las Administraciones públicas y adquisición y pérdida de la relación de servicio en el Estatuto Básico del Empleado Público”, en LINDE PANIAGUA, E. (Dir.), *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo por el Estado y las Comunidades Autónomas*, Colex, Madrid, 2008.

PARADA VÁZQUEZ, R. y FUENTETAJA PASTOR, J.: *Derecho de la función pública*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2017.

QUESADA LUMBRERAS, J.: “La delimitación de funciones entre el personal funcionario y laboral: especial referencia a la reordenación del sector público de Andalucía”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 317, 2011.

REGO BLANCO, M.D.: “Potestades administrativas y contratación pública: ¿se ejerce potestad administrativa al adjudicar contratos públicos?”, en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

TOSCANO GIL, F.: “La galaxia material: de las subvenciones a los incentivos económico-patrimoniales”, en GAMERO CASADO, E. y ALARCÓN SOTOMAYOR, L.: *20 años de la Ley General de Subvenciones*, Instituto Nacional de Administración Pública y Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Madrid, 2023.

- “Las potestades administrativas en el ámbito de las subvenciones”, en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

LASARTE ÁLVAREZ, J.: “Reflexión sobre principios del gasto público y potestades administrativas”,

RECUERDA GIRELA, M.A. y FERNÁNDEZ DELPUECH, L.: “Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 83, 2012.

SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid, 2017.

SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2008.