

# De potestades, funcionarios y labores portuarias<sup>1</sup>

*José Ortiz Mallol*

Letrado Junta de Andalucía

SUMARIO: I. DECLARACIÓN DE INTENCIONES. II. APROXIMACIÓN A UNA PERSPECTIVA GENERAL DE LA RESERVA A FUNCIONARIOS. III. EN PARTICULAR, DEL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL ÁMBITO PORTUARIO

## I. DECLARACIÓN DE INTENCIONES

La causa última de estas páginas viene dada por una reflexión acerca de cómo el Derecho genera determinados mecanismos legales que se introducen con la idea de obtener el bien común y –al mismo tiempo– cómo el propio ordenamiento jurídico llena ese camino de peligrosas trampas. La causa próxima se concreta al abordar –con ocasión del estudio sobre temas portuarios– la naturaleza jurídica que deba caracterizar a los agentes de la Administración –en este caso la portuaria– para poder realizar las tareas propias de los puestos que desempeñan, en un entorno de seguridad jurídica. Según decimos, cómo se afronte la seguridad jurídica en el ámbito portuario en relación con el agente público actuante, es sólo la excusa para una reflexión de fondo: la que atañe al carácter más formal que material de determinadas categorías jurídicas, cuando las mismas no evolucionan de manera paralela a los tiempos que las rigen y de cómo las costuras de las normas estallan ante el empuje de la realidad social.

Nuestro estudio se enfoca desde la óptica de la distinción entre personal funcionario de carrera y el regido por un contrato laboral, y –lógicamente– teniendo en consideración las diferentes formas de organización pública que trasciende desde la Administración General, de corte territorial, hasta las enti-

---

<sup>1</sup> Se toma como base la ponencia presentada a las VIII Jornadas de Derecho Portuario organizadas por la Autoridad Portuaria del Puerto de Sevilla, en octubre de 2012. Expresamente queremos agradecer a la Presidencia, Dirección y Secretaría General de dicho Organismo la amable e inmerecida invitación que se nos hizo en tal sentido.

dades instrumentales que componen la Administración Institucional y las particularidades que derivan de la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Tal y como veremos, el distinto régimen jurídico según se trate de puertos de competencia estatal o autonómica nos permite preguntarnos sobre la certeza –cuando de llevarla a la práctica se trata– de alguna de las bases tradicionales de nuestro sistema administrativo.

Este debate aparece como consecuencia de determinadas innovaciones normativas y la recepción y aplicación que los órganos judiciales han realizado de las mismas. Por lo tanto, nuestras reflexiones tienen un contexto propio; y este mismo contexto es el que nos obliga en la búsqueda de la mejor razón sobre el tema: éstos que vivimos, son días de profundo cambio en el conjunto de las estructuras sociales producidos por la larga mano de una crisis económica a escala mundial sin apenas precedentes. Se quiera o no, la percepción de cómo se ha de organizar la Sociedad que resulta de cualquier opinión surgida a pie de calle, está condicionada por un cambio de los valores motivado por la profunda transformación en la estructura económica, del que sólo somos meros observadores. Y lejos de hacer discursos jurídicos “de salón” –si se nos permite la expresión y para el caso de que sean posibles– queremos descender al ruedo que nos lleva a cuestionar el estado de la normativa vigente.

## II. APROXIMACIÓN A UNA PERSPECTIVA GENERAL DE LA RESERVA A FUNCIONARIOS

La norma que precipita un debate ya antiguo, pero que recientemente ha alcanzado dimensiones sociales de altura, es el art. 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril, en adelante, EBEP), según el cual, y bajo el título de “funcionarios de carrera”, se dispone que: “*En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca*”. Como de sobra es conocido, este precepto recae en el marco constitucional definido por el art. 103 CE y de la interpretación que del mismo ha realizado el Tribunal Constitucional, básicamente en las sentencias 99/1987 –de 11 de junio–, 235/2000 –de 5 de octubre– y 37/2002 –de 14 de febrero– en el sentido de establecer como modelo básico del personal de las Administraciones Públicas el definido por el status de funcionario, siendo la excepción los puestos que podrían ser cubiertos por personal laboral, excepción sujeta a la expresa previsión por ley. Con ello, nuestro más alto Tribunal se alinea con la tradición legisla-

va alemana, al modo del art. 33.4 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 cuando dispone que “*el ejercicio de las funciones de las autoridades públicas, con carácter permanente, será confiado, por regla general, a funcionarios públicos cuyo estatuto, servicio y lealtad serán establecidos por el Derecho público*”<sup>2</sup>, por oposición al modelo francés del que es mero ejemplo la Sentencia del Tribunal de Conflictos de 25 de marzo de 1996 (asunto Berkani) cuando afirma que basta con ser empleado de un servicio público administrativo para tener la consideración de agente público y someterse a las normas administrativas, con independencia de las concretas labores desempeñadas

Es muy importante que tengamos en cuenta que el sistema instaurado por la Constitución –según la interpretación auténtica– supone que la garantía jurídica del administrado no se ve satisfecha con el hecho de que sea un órgano administrativo (competente) el que dicte el acto o resolución de que se trate. Aunque deba hacerse notar que este mero hecho, ya implica de por sí el necesario sometimiento a la ley y a los principios que rigen la actividad administrativa, incluidos la existencia de una vía de recurso en sede administrativa y el control judicial de la actividad administrativa. Pero ello no es suficiente. El sistema imperante hace depender la garantía del funcionamiento de la maquinaria de la Administración –desde la perspectiva del administrado– en la actuación en la tramitación del expediente de que se trate, de que el agente de la Administración sea personal funcionario. Al menos, en determinadas funciones, puestos o trámites, según veremos. Por lo tanto, el problema que nos ocupa no se resuelve exigiendo que el órgano de gobierno de la Administración actuante (ya sea general o institucional) sea el órgano administrativo competente, sino que se requiere con carácter sustancial y no meramente formal, la intervención en la conformación del acto o resolución de que se trate, de un determinado tipo de empleado público, como es el funcionario. Todo lo que aquí se dirá, depende de esta idea como dovela del sistema.

---

<sup>2</sup> El modelo alemán no estaba, ya en su origen, exento de crítica “*por casi todos, por haber intentado reservar a los funcionarios un monopolio de imposible ejecución práctica, pues nadie había conseguido definir científicamente “el ejercicio de prerrogativas de poder público a título permanente” como opuestas a otras funciones administrativas que no lo son y organizar según este criterio el reparto de tareas entre los funcionarios y otros agentes públicos sujetos al Derecho privado*”. PARADA “Derecho Administrativo II. Organización y empleo público” Marcial Pons, 14<sup>a</sup> ed. Pág.420. Como contrapuesto a ambos, por lo que significa de mayor aproximación al ámbito privado del empleo público, el modelo italiano se basa –como indica MARINA JALVO (“Sobre las últimas reformas italianas del empleo público” RAP núm. 137, 1995) en la cada vez mayor interrelación entre la actividad de la Administración y la actividad prestacional “*si tradicionalmente el elemento característico de las funciones públicas era el ejercicio de autoridad, en la actualidad el ejercicio de autoridad se ha visto reducido (aunque todavía existen algunas funciones públicas por excelencia, como ha recordado Giannini) respecto de la actividad de prestación de servicios públicos que constituye la actividad primordial de las Administraciones Públicas*”.

Con el art. 9.2 EBEP el Legislador Estatal se aleja de la senda de la unificación de regímenes que preconiza ya desde su título el propio Estatuto Básico. En este sentido, el precepto se distancia del parecer de la Ponencia formada por ROMÁN RIECHMANN, SÁNCHEZ MORÓN y VELÁZQUEZ LÓPEZ<sup>3</sup> cuando alertaban de que “*la dualidad de regímenes jurídicos aplicables plantea problemas de gestión y crea no pocas veces agravios comparativos innecesarios que, a su vez, repercuten negativamente en la motivación y el desempeño*”, contra lo cual, tales autores “*entienden que es necesario reconducir esta situación. En primer lugar, ratificando la aplicación de un conjunto de principios y reglas básicos a todos los empleados públicos, por igual, por el hecho de serlo*” admitiendo una diferenciación de regímenes en atención al “*tipo de responsabilidades que les corresponden en el marco del empleo público y de las garantías de imparcialidad que les sean inherentes*”, distinguiendo entre tres grupos de empleados públicos: “*uno, general, otro cualificado en virtud de exigencias de especial responsabilidad profesional o de imparcialidad y un tercer grupo directivo*”. Enfoque alejado de una distinción simple entre personal funcionario y laboral<sup>4</sup>.

La doctrina unánime recuerda que no existía en nuestro Derecho una reserva tan expresa como la que se instaura con el EBEP, quizás porque –como indicaba el TC en Sentencia 99/87<sup>5</sup> la misma resultara innecesaria a partir de la opción del art. 103 CE por un sistema basado en funcionarios públicos, con lo cual la fórmula de la reserva debería construirse, precisamente, desde la orilla contraria: la determinación de qué puestos o funciones pueden ser cubiertas por personal laboral. Según se manifiesta, ello no conlleva como solución lógica la reserva de determinada actividad pública a funcionarios, sino la exigencia de que sea una ley formal la que determine qué puestos podrían ser cubiertos por personal laboral, cosa bien distinta. Así, el art. 15.1.c de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la Reforma de la Función Pública (tras la modificación operada por la Ley 23/88 tras STC 99/87) ya disponía que “*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*”, exceptuando de dicha regla determinados puestos de carácter auxiliar o especializado<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> “*Líneas de reforma del empleo público*”, en “Estudios para la reforma de la Administración Pública”, INAP, 2004, pág. 489.

<sup>4</sup> Por todos los estudios sobre la materia, referimos el de RODRÍGUEZ RAMOS, “El Estatuto de los funcionarios públicos. Su convergencia con el Estatuto de los Trabajadores”, Edt. Comares, 1997, donde la autora realiza un extensivo estudio de esta problemática.

<sup>5</sup> SAINZ MORENO “El estatuto de la función pública después de la STC 99/87 y de la ley 23/1988”, RAP núm. 117.

<sup>6</sup> En síntesis, puestos de naturaleza no permanente, los que satisfagan necesidades de carácter perió-

Dos son los elementos básicos del art. 9.2 EBEP: de un lado, es necesario determinar qué se entiende por *funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales*; junto a ello, hay que tener en cuenta que se produce una remisión al ámbito normativo de las distintas Administraciones, lo cual impide en numerosos casos –como es el andaluz, por lo que nos concierne– contar con una respuesta de Derecho positivo a tal problemática.

La primera cuestión que abordamos, a su vez permite distinguir dos planos. Uno requiere que analicemos qué actividad pública puede incidir, de una manera directa o indirecta, en el ejercicio de potestades o la salvaguarda de los intereses generales; como veremos, este plano resulta incapaz de ofrecer, desde su naturaleza generalista, una solución válida en la práctica. El otro tiene que ver con el conjunto de actos, de *funciones* que componen una actuación completa de la Administración; en otros términos podríamos hablar de qué tramites quedan reservados a funcionarios dentro de un procedimiento reglado de ejercicio de una potestad.

Dado el lector al que se dirigen estas páginas, excusamos siquiera una referencia a los esfuerzos de doctrina y jurisprudencia a la hora de definir qué sea una potestad. Con ello, podemos invocarla como el conjunto de “*poderes jurídicos reconocidos abstracta y expresamente por el ordenamiento, que atribuyen a la Administración titular de los mismos una habilitación para desarrollar actuaciones ejecutivas concretas, productoras de efectos actuales o potenciales sobre la esfera de los administrados, en un ámbito más o menos determinado, tendentes a la satisfacción del interés general*”<sup>7</sup>. Baste citar que, cuando el ordenamiento jurídico ha necesitado enumerarlas –por ejemplo, en el caso de atribuir potestades a entidades instrumentales<sup>8</sup>– ha citado co-

---

dico y discontinuo, los puestos de trabajo en el extranjero con funciones administrativas de trámite y colaboración y auxiliares que comporten manejo de máquinas, archivos y similares, los relacionados con oficios, vigilancia, custodia, porteo, mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, los relacionados con artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social, así como los de expresión artística, los de servicios sociales, de protección y actividades de menores. Concluía la enumeración con los puestos que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño, y los puestos de trabajo en el extranjero con funciones administrativas de trámite y colaboración y auxiliares que comporten manejo de máquinas, archivos y similares.

<sup>7</sup> En la definición que realiza un manual eminentemente práctico y lejos de toda intención dogmática como es el “Memento Administrativo Francis Lefebvre” (MELON MUÑOZ, Director, consultada la edición 2003/4, pág. 65).

<sup>8</sup> Además de una sectorial como la que corresponde para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia, art.

mo tales las de autoorganización, fe pública, revisión de oficio de sus actos y acuerdos, gestión, recaudación e inspección de precios públicos y demás ingresos de derecho público no tributarios, autotutela y recuperación del dominio público; junto a ellas, es tradicional citar la potestad expropiatoria como potestad exclusiva de las Administraciones territoriales. Pero también podríamos acudir al Derecho Local para encontrar otra enumeración y así, el art. 4 Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, reconoce como propias de las entidades locales las potestades reglamentaria y de autoorganización, tributaria y financiera, de programación o planificación, expropiatoria y de investigación, deslinde y recuperación de oficio de sus bienes, de presunción de legitimidad y la ejecutividad de sus actos, de ejecución forzosa y sancionadora, de revisión de oficio de sus actos y acuerdos, las de prelación y preferencias y demás prerrogativas reconocidas a la Hacienda Pública para los créditos de la misma, así como las de inembargabilidad de sus bienes y derechos. Aunque pudiera parecer pacífica esta enumeración, dada la intención de crítica del sistema que guía nuestras reflexiones, resaltamos que aparecen determinadas zonas sujetas a reflexión, y baste como mero ejemplo la que versa en relación con la contratación pública.

En cuanto a ésta –la contratación pública– cabalmente puede distinguirse entre aquellos actos de preparación y adjudicación del contrato administrativo y los de modificación, interpretación y resolución del mismo, distinción que –a los efectos que nos conciernen ahora– se traslada a la no exigencia de personal funcionario en estas fases previas<sup>9</sup>, sin duda alguna como consecuencia de la

---

8 del Decreto 101/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía. En el convulso panorama de la reordenación del sector público andaluz, tiene valor la cita de este Decreto por cuanto cuenta con Sentencias 26/2012 y 425/2012, de 16 de enero y 27 de febrero, ambas de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga declaratorias de la legalidad de tales Estatutos. Además, los citados Estatutos tienen una cláusula de cierre en el sentido de que “la Agencia ejercerá las potestades administrativas necesarias para el cumplimiento de sus fines, en los términos establecidos en dicha Ley, en la Ley 1/2011, de 17 de febrero, y en sus Estatutos, excluida la potestad expropiatoria”, excluida del ámbito de ejercicio por la Administración institucional por el art. 43 Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y 117 Ley 9/2007, de 22 de octubre de Administración de la Junta de Andalucía.

<sup>9</sup> Según el art. 320.3 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, “los miembros de la Mesa serán nombrados por el órgano de contratación. El Secretario deberá ser designado entre funcionarios o, en su defecto, otro tipo de personal dependiente del órgano de contratación, y entre los vocales deberán figurar necesariamente un funcionario de entre quienes tengan atribuido legal o reglamentariamente el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un interventor, o, a falta de éstos, una persona al servicio del órgano de contratación que tenga atribuidas las funciones correspondientes a su asesoramiento jurídico, y otra que tenga atribuidas las relativas a su control económico-presupuestario”.

extensión de los principios que las rigen a entidades que son poderes adjudicadores, pero que no tienen el concepto de Administración Pública según la propia norma sectorial (art. 3.2 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público). Sin embargo, resulta complejo poder explicar a un neófito (y más en los tiempos que corren) cómo la adjudicación de una concesión demanial supone un acto de ejercicio de potestades que requerirá –según lo que se analizará– la presencia de funcionarios, mientras que la adjudicación de una concesión de obra pública no tiene tal exigencia. Ciertamente, desde la dogmática imperante, existe una diferencia entre un acto unilateral de imperium y una relación contractual, pero a efectos prácticos y desde la óptica revisionista a que nos aboca la crisis social y económica que padecemos, el esquema de ambos es sumamente similar: el empleo de bienes o fondos públicos por parte de entidades públicas para que, con publicidad y concurrencia, entidades privadas operen (de forma lucrativa) en la construcción de una obra o la prestación de un servicio, por ejemplo, en el ámbito portuario, que es el que nos ocupa.<sup>10</sup>

No pretendemos con este ejemplo más que poner en evidencia el grado de convención social que está presente en la consideración de determinada actividad pública como potestad. Convención que requiere –como todo aquello sujeto a opinión– de una vía formal que otorgue la seguridad necesaria, en este caso, jurídica; vía formal que no es otra cosa que la fijación de estas categorías por Ley. Más allá de ello, nuestro deber es adentrarnos en la búsqueda del elemento común en todo ejercicio de potestad, máxime si nos movemos en el entorno de un Estado moderno en el que la actividad pública trasciende primero, de la específica de policía a la de fomento y después, muy acentuadamente, a la

---

<sup>10</sup> Al fin, la exigencia de funcionarios en proceso de adjudicación de una u otra no tiene otra razón que la huida del Derecho Administrativo en la contratación sostenida con fondos públicos mediante la intervención de entidades instrumentales privadas como práctica característica del conjunto de Administraciones Públicas españolas que ha dado lugar a las conocidas reformas de la normativa sectorial de contratación mediante la recepción del concepto material europeo del poder adjudicador. Esta práctica ha sido –como decimos– nota característica del empleo de fondos públicos sobre actividad privada a través del contrato, como no lo ha sido en otros ámbitos en los que sí se ha mantenido la gestión por órganos de la Administración y mediante la intervención de funcionario; como decimos, desde un punto de vista material y “a vuelo de calle” es la explicación más comprensible del porqué en unos trámites de los ejemplos contrapuestos hay reserva funcional y no en otros. De entre la amplia bibliografía al efecto, por centrarse en el estudio de la fase de adjudicación, traemos a cita GIMENO FELIU “Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación”, Edt. Civitas, 2003 y BALLESTEROS MOFFA “La adjudicación de contratos en el sector público”, Edt. Civitas, 2010.

de servicio público. Porque, como se indica por la doctrina<sup>11</sup> un acercamiento en exceso de detalle y cauto al concepto de potestades públicas, hace muy difícil marcar una línea no controvertida entre las labores de apoyo, auxilio y colaboración y las que supondrían el ejercicio de potestades reservados a funcionarios, toda vez que aún así, si podrían ser consideradas como participación indirecta del ejercicio de potestades. Y qué más decir de la expresión relativa a la “salvaguarda de los intereses generales” cuando es la razón de ser de toda Administración Pública lograr la consecución de los a ella atribuidos. Según vemos, se trata de fundamentar la distinción entre dos tipos de tareas públicas –actos de autoridad y los de gestión, lo cual que conduciría a la igualación de la norma administrativa con el concepto de prerrogativa, sobre la tesis de Hauriou–, encontramos una dificultad principal que supone la superación de este esquema (basado en la actividad de policía) con la aparición de la actividad de fomento y sobre todo, de la actividad de servicio público de la Administración.

En la búsqueda de los contornos de lo que sea el ejercicio de autoridad que sustancia la potestad, indica el Informe 8/2009, de 3 de julio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña<sup>12</sup> que *“lo que tiene que permanecer en manos de la Administración y que, en definitiva, constituye ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos, es la actividad jurídica, la toma de decisiones vinculantes o las funciones decisorias con indiscutibles efectos sobre la esfera de los ciudadanos que implican el ejercicio de prerrogativas por parte de los poderes públicos. Específicamente, el ejercicio de la autoridad se referiría a potestades administrativas que se caracterizan porque suponen el ejercicio de decidir unilateralmente de forma abstracta (disposiciones) o, de forma específica (resoluciones), de manera que esta decisión produce efectos jurídicos obligatorios”*.

Pero tal poder de actuación general que la ley expresamente habilita a favor de la Administración Pública en forma abstracta (disposiciones) o específica (resoluciones), tiene una naturaleza transversal respecto del conjunto de las distintas formas de actividad de la misma. Queremos decir que encontramos potestades típicas en la actividad de policía –como la sancionadora–, o en la actividad de fomento –la potestad subvencionadora– que, a pesar de ser prototípicas de una y otra, también se muestran indispensables para desarrollar la actividad prestacional de servicio público, como pone de manifiesto la aplicación de ambas, por ejemplo, a la enseñanza obligatoria: las sanciones a los distintos miem-

---

<sup>11</sup> Por todos, ORTEGA ÁLVAREZ, Director, “El Estatuto Básico del Empleado Público”, La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, 2007.

<sup>12</sup> Sobre “Posibilidad de contratar un servicio de colaboración externo en la gestión de expedientes sancionadores por infracciones a la normativa de tráfico vial urbano”

bros de la comunidad educativa o la institución del concierto educativo, respectivamente. Por lo tanto, será difícil encontrar un común denominador en la comprensión de la transversalidad de la institución de la potestad, más allá del hecho de que el ejercicio de la potestad tiene que ver con la sumisión de la Administración Pública al Derecho Administrativo en el desarrollo de su capacidad de obrar jurídico-pública, en cualquiera de sus manifestaciones.

Por lo tanto, a la hora de reservar determinadas funciones a funcionarios públicos, la llamada a un concepto que en el subconsciente jurídico pasa por ser claro y definido –la potestad– en la práctica se revela como algo mucho más complejo y difícil de utilizar a modo de llave inglesa universal. Es por lo que, llamados a la comprensión de la reserva a funcionarios del art. 9.2 EBEP en el complejo escenario de la delimitación de lo que sea, en la práctica, una potestad, debemos traer a colación la normativa europea como herramienta hermenéutica esencial.

El art. 45 de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea y del Funcionamiento de la Unión Europea establece la libertad de circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad con una única excepción constituida por los empleos en la Administración Pública. Mas, dada la tendencia proteccionista de cualquier Estado miembro a favor a sus propios nacionales, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sostenido –Sentencia de 17 de diciembre de 1980, asunto 149/79, Comisión vs. Bélgica– una interpretación restrictiva de dicha excepción, en el sentido de admitir la reserva de empleo público a los nacionales de cada Estado respecto de los puestos de trabajo que impliquen *“una participación directa o indirecta en el ejercicio de la potestad pública y en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y demás Entidades Públicas”*, dicción que es la que se transcribe al art. 9.2 EBEP para instaurar el régimen de reserva y al art. 57 del mismo Estatuto como límite al acceso de nacionales de Estados miembros *“como personal funcionario, en igualdad de condiciones que los españoles a los empleos públicos (...) A tal efecto, los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas determinarán las agrupaciones de funcionarios contempladas en el artículo 76 –esto es, Grupo A, B y C– a las que no puedan acceder los nacionales de otros Estados”*. Dicho lo cual, en teoría habría puestos de funcionarios que sí podrían ser desempeñados por no nacionales, precisamente los que no tienen relación directa o indirecta con potestades ni en la salvaguarda de los intereses generales<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> A estos efectos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 23 de febrero de 1994 –asunto C-419/92– dice: *“que el artículo 48 del Tratado CEE debe ser interpretado en el sentido de que, cuando un organismo público de un Estado miembro prevé, con ocasión de la contratación de personal para cubrir puestos que no*

Como indica SÁNCHEZ MORÓN<sup>14</sup> “que la interpretación correcta del art. 9.2 EBEP es la que coincide con el ejercicio de aquellas funciones públicas excluidas del principio de libre circulación de los trabajadores en la Unión Europea lo confirma el hecho de que el art. 57.1 EBEP utiliza prácticamente los mismos conceptos —empleos que directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas— para excepcionar el derecho en condiciones de igualdad de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea a la condición de funcionario en España. Obviamente, la interpretación de estos mismos conceptos debe ser coincidente, a ambos efectos, el del art. 9.2 y el del art. 57.1. y como también es evidente a efectos de lo dispuesto en este último, no puede dejar de atender a los criterios de la jurisprudencia comunitaria y su aplicación en nuestro país”.

El que la matriz de nuestro modelo de empleo (también público) radique en la esencia del principio de libertad de circulación de trabajadores, otorga importancia principal a la concreta aplicación que el Tribunal de Justicia realiza del mismo. Como indica GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ<sup>15</sup>, “es evidente que la delimitación entre funciones administrativas que implican ejercicio de poder público (y que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las demás entidades públicas) y funciones que no implican dicho ejercicio podrá no ser siempre fácil. Pero no por ello puede considerarse desacertada, en mi opinión la línea jurisprudencial seguida por el TJ-CE. Precisamente, es una típica o característica función judicial la de ir delimitando, en caso de conflicto, los casos que caen dentro o fuera del referido criterio funcional”. Así el citado autor recuerda la labor de jurisprudencia del caso que realiza el Tribunal, cuando —por ejemplo— considera que son propios de la excepción de reserva a nacionales del antiguo art. 48.4 TCE los empleos de Inspector Jefe de Oficina

---

están comprendidos dentro del ámbito de aplicación del apartado 4 del artículo 48 del Tratado, tomar en consideración las actividades profesionales anteriores ejercidas por los candidatos en una Administración pública, dicho organismo no puede efectuar distinciones, respecto a los nacionales comunitarios, en función de que tales actividades hayan sido ejercidas en la Administración pública de ese mismo Estado miembro o en la de otro Estado miembro”.

<sup>14</sup> “Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”, Sánchez Morón Director, Edt. Lex Nova, pág 92. sin embargo, BOLTAINA BOSCH (“La diversidad de regímenes jurídicos de los empleados públicos. Especial referencia al personal laboral”, Instituto Aragonés de Administración Pública) entiende que “Ello nos permite plantear dos consideraciones como conclusión: en primer lugar, que el art. 9.2 del EBEP debe interpretarse de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional español, y no con los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; y en segundo término, que las leyes de desarrollo tanto estatales como autonómicas (art. 9.2 in fine y art. 11.2 del EBEP), al momento de instituir los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral, aunque pueden asumir un margen ciertamente amplio, no deben sobrepasar los límites que la referida jurisprudencia constitucional ha fijado”.

<sup>15</sup> “El Derecho Administrativo Europeo”, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2000, pág. 120.

Técnica, Inspector principal, Inspector de Trabajo Vigilante nocturno y Arquitecto de la Administración municipal de Bruselas y Auderghen (STJCE de 26 de mayo de 1982, asunto 149/79)<sup>16</sup>. Igualmente descriptiva, aunque en el sentido opuesto, la Sentencia de 2 de julio de 1996 (asunto C-173/94) afirma que en los sectores de distribución de agua, gas y electricidad, la mayoría de los puestos de trabajo están alejados de las actividades específicas de la Administración pública, en la medida en que no 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 o de las demás entidades públicas, en el caso de autos, organismos públicos institucionales.

A raíz de ello, la interpretación extensa de la reserva establecida por el art. 9.2 EBEP es insostenible en el modelo actual de Administración Pública, por cuanto que es cabalmente imposible definir qué actividad de la Administración se realiza sin que intervenga una participación directa o indirecta en el ejercicio de la potestad pública. Como acertadamente dice CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS<sup>17</sup>, “*lo que sí resulta evidente es que cae fuera de toda lógica jurídica una interpretación literalista del precepto, pues bajo dicha óptica, el artículo en sí mismo no tendría sentido, pues resulta difícil imaginar qué actuación de un empleado público en última ratio no ha de tener una participación indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales, dando por lo tanto en este punto entrada a cualquier subjetividad en la materia. Parece por tanto más adecuado, adoptar una interpretación lógica y sistemática, que nos permita comprender el precepto en forma adecuada. Para ello contamos con dos parámetros fundamentales: El imperativo del artículo 103 de la Constitución y la necesidad de respetar el principio de libre circulación de trabajadores en el Derecho Comunitario, acudiendo a la interpretación que sobre dicho mandato comunitario y su excepción, ha desplegado la Jurisprudencia comunitaria*”.

Por consiguiente, la reserva a funcionarios debe ser interpretada desde la óptica del principio de libre circulación de los ciudadanos europeos, lo cual

---

<sup>16</sup> “*En consecuencia, procede declarar que el Reino de Bélgica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado CEE, al imponer o permitir que se imponga el requisito de nacionalidad para el acceso a los empleos de que se trata (...) excepto los empleos de «contrôleur chef de bureau technique», «contrôleur principal», «contrôleur des travaux», «contrôleur des inventaires» y «eilleur de nuit» de la administración municipal de Bruselas, y de «architecte» de las administraciones municipales de Bruselas y de Auderghem*”. Especialmente importante resulta la opinión respecto de funciones inspectoras por cuanto que las mismas suelen conllevar dos de las actividades que son lugar común a la hora de reservar a personal funcionario: la fe pública (a través de las actas) y la instrucción de procedimientos sancionadores, como manifestación del ius puniendi. Un certero comentario de esta y otras sentencias se realiza por IGLESIAS SÁNCHEZ en “La libre circulación de extranjeros en la Unión Europea. El régimen de movilidad en las Directivas de la UE en materia de inmigración”, Edt. Reus 2010.

<sup>17</sup> Revista Aranzadi Doctrinal num. 11/2011 parte Comentario. Edt. Aranzadi, SA, 2011.

conduce a una interpretación restrictiva del art. 9.2 EBEP. Afirmamos que el acento no debe estar tanto en si se interviene en el expediente administrativo en cualquier forma que se relacione directa o indirectamente con el ejercicio de potestades, sino que tal acento debe recaer sobre los trámites que, dentro de los expedientes típicos de ejercicio de cada potestad, deben quedar reservados a personal funcionario. Dada la estructura actual de empleo público<sup>18</sup>, no imaginamos los efectos que tendría sobre el mismo y sobre el ordinario estándar de funcionamiento de las distintas Administraciones Públicas, la reserva a personal funcionario de todas y cada una de las intervenciones –ya sean auxiliares o de apoyo<sup>19</sup> ya sean sustantivas– en los trámites que realice una Administración en materias como la autoorganización, sancionadora (incluyendo la disciplinaria), expropiación, de dominio público (en sus diferentes ramas de investigación, deslinde, protección y recuperación), de otorgamiento de subvenciones y ayudas públicas, tributaria o reglamentaria (incluyendo la de aprobación de planes), entre otras.

En la tesis de hacer una interpretación del art. 9.2 EBEP lógica con la estructura administrativa española, deberemos de atender a una exégesis que cuente con que la esencia misma de la potestad, según lo dicho, reside en una “*expresión de supremacía administrativa por razón del interés general*” (STS 20 de marzo de 1995), que habilita –como dice la doctrina– para constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas de forma unilateral y coactivamente. Por tanto, habrá que determinar, en cada uno de los procedimientos que conforman cada una de las potestades, qué trámites traducen esta supremacía y cuales son meramente accesorios de la misma. Aquí está la (única, a nuestro entender) interpretación posible: reconducir el requisito de actividad administrativa al detalle de trámites (por tanto, no todo el procedimiento de ejercicio de la potestad) que

---

<sup>18</sup> Según datos del Registro Central de Personal de enero de 2010, un 21'4% de los empleados públicos de la Administración General de Estado es laboral, porcentaje que baja al 11.1 en el conjunto de las Comunidades Autónomas y sube al 60.4 en las Corporaciones Locales. Refiriéndose este Registro al personal de las distintas Administraciones Generales, habría que sumarle el de las entidades instrumentales de cada una de ellas.

<sup>19</sup> Respecto de la posibilidad de que las funciones de asistencia a funcionarios en el ejercicio de potestades públicas, es interesante el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 52/09, de 26 de febrero de 2010 que concluye que “*El ejercicio de las facultades de inspección de los tributos queda reservado a los funcionarios públicos por el artículo 142 de la Ley General Tributaria y por ser susceptible, cuando dé lugar a una sanción, de considerarse una concreción del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública. Ello no obsta para que las Administraciones Públicas puedan contratar servicios de asistencia y apoyo administrativo y técnico a los funcionarios que ejercien estas facultades, siempre y cuando tengan un contenido económico, esto es, impliquen prestaciones susceptibles de valoración económica*”. Con más razón, cómo no será ajustado a Derecho que funciones, tareas o actuaciones en general relacionadas indirectamente con el ejercicio de una potestad, puedan ser realizados por personal laboral de la propia Administración o de sus entidades instrumentales.

sean sustantivos de la posición de supremacía y por consiguiente, que directamente –y no indirectamente– la conformen. En este sentido se pronuncia SÁNCHEZ MORÓN<sup>20</sup>: “desde un punto de vista jurídico, tampoco es fácil interpretar qué se entiende a estos efectos como funciones que impliquen ejercicio de autoridad, ya que no existe una definición legal de las mismas. No obstante, está claro que son funciones de esa naturaleza las que conllevan la potestad de dictar actos administrativos de obligado cumplimiento o actividades de inspección e instrucción de expedientes de carácter sancionador o limitativos de los derechos de los ciudadanos. El ejercicio de autoridad es en sí una actividad a la que los ciudadanos en general están sujetos en virtud de la ley, con independencia de su voluntad. El ejercicio de otras actividades públicas, inclusive las meramente auxiliares de aquellas o las que consistan en la prestación de servicios al público, no requiere que sean reservadas a funcionarios”.

Tal y como se ha hecho por las instancias europeas, en nuestro país, los órganos judiciales y consultivos se han pronunciado sobre ámbitos sectoriales de la actividad administrativa que –en opinión de cada cual– suponen funciones que deben quedar reservadas a funcionarios. Así el ya mencionado Informe 8/2009, de 3 de julio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, con apoyo en la DA 2ª EBEP, considera como ejercicio de autoridad reservado, la función de inspección administrativa, “no como actividad administrativa de carácter material, técnico e instrumental, falta de valoraciones o de decisiones vinculantes, sino como técnica de control y, en general, como actividad de policía o de control que se concreta en actas que están dotados de eficacia jurídico-pública”. En similar línea, la STSJA de 10 de mayo de 2001 sostiene que “el ejercicio de la actividad de inspección y control respecto del cumplimiento de condiciones de subvenciones comunitarias, supone el ejercicio de potestades administrativas, que se encuentra reservadas a funcionarios públicos, no pudiéndose encomendar a personas que carezcan de dicha condición”<sup>21</sup>. En sentido concurrente, la Jurisprudencia (cfr. entre otras, SSTs de 26 de enero de 1990, de 5 de marzo de 1993 y de 27

<sup>20</sup> Op. cit. pág. 73.

<sup>21</sup> Bien está que atendamos a lo que nos dice la STS de 24 de noviembre de 2009 al enjuiciar los Estatutos de la Empresa de Gestión de Medio Ambiente de Andalucía (EGMASA), en su FJ 6º “(...) En la nueva configuración del objeto social se prevé expresamente que la Empresa pueda desarrollar algunas actividades que tradicionalmente eran desempeñadas, de manera directa, por la Administración, y que en algunos casos, dependiendo de su ejercicio, supone el desahogamiento de ésta, y por tanto de sus funcionarios, de facultades que implican el ejercicio de potestades públicas, si bien así será según se desarrolle ese objeto social. El texto del artículo 2.1 del Decreto declara que se incluye dentro del objeto social en general « la gestión de los servicios públicos en materia medioambiental que le puedan ser atribuidos por la Administración competente » y, a continuación, enumera un amplio listado de actividades a desarrollar como parte de dicho objeto societario. Dentro de ese objeto social, la mayoría de las actividades nominativamente contempladas no han de suponer un riesgo de privatización de potestades públicas, pero en otros casos puede no ser así.” “(...) Así, la protección de los espacios naturales, la defensa de márgenes y encauzamientos hidráulicos, puede suponer el ejercicio de facultades de auto-tutela, de

de junio de 2000 o STSJA de 13 de octubre de 1999) ha reservado a funcionarios la función recaudatoria de fondos públicos<sup>22</sup>. Estas especificaciones tienen importancia a los efectos de esta ponencia, por cuanto la inspección, la potestad sancionadora y la tributaria son funciones de primerísima importancia en el ámbito portuario.

Como se observa, cada vez nos adentrarnos más en un bosque lleno de situaciones particulares, de casuística muy lejana a la posibilidad de definiciones generalistas que encierren una solución válida para todo supuesto práctico. Y ésta es la dificultad en que el Legislador nacional en ejercicio de competencia básica, se ha puesto a sí mismo (en su círculo de competencia exclusiva por autoorganización) y a los Legisladores autonómicos a la hora de desarrollar el art. 9.2 EBEP.

Afrontando tal tarea, la fórmula para resolver el problema que halla el Legislador Estatal aparece en el Real Decreto 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. Según su art. 4, se exige la posesión de la nacionalidad española (y esto es lo importante) *“al implicar una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses de los Estados o de las Administraciones públicas”*

---

*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 administrativos 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”.*

<sup>22</sup> Asimismo, podrían traerse como ejemplo, entre otras tantas, la STSJ de Madrid, (Sala de lo Social), de 17 septiembre al afirmar que el ejercicio de las potestades públicas inherentes a la labor de inspección queda reservada por la Ley de Seguridad Aérea a los funcionarios de carrera, o la STSJ de Andalucía, de 7 abril 2011 que, en relación con la atribución al personal laboral de la tramitación y resolución de los procedimientos de subvenciones regulados por el derecho administrativo, considera que existe vulneración de normas de rango superior en tanto el otorgamiento de subvenciones requiere de potestades administrativas para tramitar y resolver el procedimiento y, en su caso, imponer sanciones y obtener el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas, siendo éstas, funciones reservadas a funcionarios

para el acceso a determinados Cuerpos y Escalas, que podríamos agrupar de la siguiente forma:

- aquellos que tienen por objeto asesoramiento jurídico preceptivo (como es la Abogacía del Estado, los Letrados de la Seguridad Social o los Secretarios de Administración Local con habilitación nacional)
- los que ejercen funciones de intervención sobre fondos públicos (y así, Interventores y Auditores del Estado o Interventores de Administración Local con habilitación nacional)
- quienes ejercen funciones de inspección en diversos ámbitos materiales (de la Hacienda, de la Administración sanitaria, de trabajo y seguridad social, de seguros)
- los relacionados con determinadas manifestaciones del ejercicio de policía y defensa (ayudantes de instituciones penitenciarias, vigilancia aduanera, los relacionados con los arsenales de la Armada, determinados relacionados con la seguridad nuclear y la protección radiológica)
- los que encarnan la representación del Estado en el extranjero (carrera diplomática).

En el lado del desarrollo autonómico podemos encontrar modelos muy dispares. Echando una ojeada a leyes que se han dictado con posterioridad al EBEP –y por lo tanto, en su desarrollo, al menos teóricamente– en un extremo, se sitúan leyes de Función Pública que recogen como reserva a funcionarios una dicción similar a la del art. 9.2 EBEP, como ocurre con el art. 15 de la Ley 10/2010, de 9 de julio, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana, cuyo apartado 3 dispone que *“El personal funcionario de carrera desempeñará las funciones que se atribuyen a los puestos clasificados con dicha naturaleza según el título IV de la presente Ley y, en todo caso, y con carácter exclusivo, aquellas cuyo ejercicio implique la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales”*, no pudiéndose avanzar mucho más (art. 23.2) que decir que *“pertenecen a los cuerpos del sector de administración general los que tienen atribuidas funciones comunes en el ejercicio de la actividad administrativa, incluidas las de gestión, inspección, asesoramiento, control, ejecución y otras similares, relacionadas con aquella”*.

En el extremo opuesto, el art. 6 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha al considerar funciones reservadas al personal funcionario las que, incluyendo *“las directivas, impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales”*. Entendiendo por tales las contenidas en una enumeración tasada que comprende la instrucción o la elaboración de propuestas de resolución en pro-

cedimientos administrativos; la inspección, vigilancia o control del cumplimiento de normas o resoluciones administrativas; la emanación de órdenes de policía; el control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria; la contabilidad, y tesorería, la fe pública, la recaudación; la inscripción, anotación, cancelación y demás actos de administración de registros públicos y el asesoramiento legal preceptivo. En cualquier caso, el Legislador de Castilla-La Mancha prevé que tal enumeración tenga carácter mínimo, ya que las distintas Administraciones públicas de tal Autonomía pueden incluir en la relación de puestos de trabajo reservados al personal funcionario, puestos de trabajo que tengan asignadas funciones distintas de las citadas. Esta detallada regulación se completa con una afirmación en el sentido de considerar 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<sup>23</sup>.

Si atendemos a la normativa autonómica que, estando aún hoy vigente, es anterior al EBEP, se repite una experiencia similar. Existen normas como la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de la comunidad autónoma de las Illes Balears (anterior, pero prácticamente coetánea al EBEP), que incluyen un desarrollo más amplio. Su art. 14.3 reserva 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”*, cerrando el precepto una cláusula general respecto de aquellos que en concreto se reserven *“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”*. Similar enfoque guarda el art. 14.3 de la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León al reservar al personal funcionario el *“desempeño de puestos de trabajo que impliquen el ejercicio de autoridad, fe pública o asesoramiento legal, control interno de la gestión económico-financiera y presupuestaria, contabilidad y tesorería así como cualesquiera otros que supongan el ejercicio de una función pública”* o aquellos que así particularmente proceda reservar por similares razones que la ley balear.

---

<sup>23</sup> Como mero anteproyecto, el de Canarias en su versión de 14 de octubre de 2010, art. 10 resulta interesante porque llega a describir las funciones que implican potestades y así, *“Conlleva el ejercicio de potestades públicas el desempeño de los puestos de trabajo que impliquen ejercicio de autoridad, fe pública, asesoramiento legal preceptivo, control y fiscalización interna de la gestión económica-financiera y presupuestaria, contabilidad, tesorería y recaudación”*. Asimismo, la Xunta de Galicia realiza en el año 2008 un estudio de la cuestión (*“Documentos para la reforma de la función pública”*, pág. 48) orientándose en similar sentido a normativas ya citadas.

Pero también hay leyes que, en un sentido distinto, sobre la base del art. 15 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública –por cierto, cuya vigencia mantiene el EBEP hasta que se produzca su desarrollo por parte de las Comunidades Autónomas– afirman la general reserva a funcionarios y que detallan (en cumplimiento de la doctrina constitucional) los puestos que pueden ser desempeñados por laborales, como ocurre con el art. 3.3 de la Ley 3/1990, de 29 de junio, de Función Pública de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Rioja<sup>24</sup>.

El caso andaluz está, aún, por resolver, al no haberse dictado el correspondiente desarrollo del EBEP y continuar vigente la –ya muy lejana– Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, la cual (art. 12.2) no contiene más detalle que la genérica invocación a que “(...) *con carácter general, los puestos de trabajo de la administración de la Junta de Andalucía y de sus organismos autónomos, serán desempeñados por funcionarios públicos*”, si bien se exceptúan de tal regla, siendo adscribibles a personal laboral, puestos relacionados con oficios en los mismos términos que los expuestos a que hace referencia la Ley de La Rioja. Ante tal necesidad, tendremos que hacer mimbres con otras normas concomitantes y así, el artículo 69 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía, en la redacción dada al mismo por la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de Reordenación del Sector Público de Andalucía, determina que en las Agencias Públicas Empresariales las funciones que se deriven del ejercicio de potestades administrativas, atribuidas expresamente por los respectivos estatutos a determinados órganos, deberán ser ejercidas por personal funcionario.

Por su parte, los artículos 71 y 74 de la mencionada Ley 9/2007, se pronuncian en términos similares, reservando las funciones que impliquen ejercicio de autoridad a su desempeño por personal funcionario. Asimismo, la disposición adicional quinta de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, establece que los puestos de trabajo que tengan asignadas tareas de dirección que estén relacionadas con el ejercicio de potestades públicas, serán desempeñados, en todo ca-

---

<sup>24</sup> Puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como las de vigilancia, custodia, porteo y otras análogas; 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, expresión artística, protección de menores y servicios sociales, 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 y los trabajos de naturaleza no permanente para la realización de actividades específicas de carácter ocasional o urgente dirigidas a satisfacer necesidades de carácter periódico o discontinuo.

so, por personal directivo que tenga la condición de funcionario de carrera o por quienes sean nombrados por el Consejo de Gobierno como gerentes o jefes de personal de las agencias. Por último, y con carácter general, la disposición adicional sexta de la citada Ley 1/2011, también establece que el ejercicio de funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales, corresponde exclusivamente a los funcionarios públicos en los términos establecidos en la legislación en materia de función pública. Claro está que con ello no se solucionan los problemas existentes, puesto que sigue sin definirse cuáles sean estas funciones públicas<sup>25</sup>.

Por su parte, el estado de la cuestión en la esfera Local queda definido por la DA2ª EBEP, la cual, de manera coincidente con el citado art. 92 LBRL reserva a funcionarios públicos las funciones 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*”. Junto a ello se definen como funciones públicas “*necesarias en todas las Corporaciones Locales*” cuya “*responsabilidad administrativa*” está reservada a funcionarios con habilitación estatal, “*las de Secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo*” y “*el control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, y la contabilidad, tesorería y recaudación*”. Como se observa, una doble reserva; un núcleo más amplio que incluye la reserva a funcionarios (no necesariamente con habilitación estatal) de las funciones de autoridad, y un círculo comprendido en el anterior, que reserva a tales funcionarios con habilitación estatal la Secretaría y la Intervención, con sus distintas funciones. Debe subrayarse, no obstante, que el EBEP no deroga las previsiones del título X de la LBRL sobre el régimen de los municipios de gran población y en concreto del art. 122 al disponer que quedan reservadas a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional –entre otras– funciones de redacción y custodia de las actas, expedición de las certificaciones de los actos y acuerdos que se adopten, la asistencia al Presidente del Pleno en las sesiones y el asesoramiento legal al Pleno y a las comisiones, el cual es preceptivo en los supuestos que se concretan en la propia norma<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Un amplio estudio de las medidas de reorganización del sector público (con una especial mención del andaluz) en el contexto general de la crisis económica se realiza por MONTOYA MARÍN en la Ponencia “Reflexiones sobre el sector público instrumental en un contexto de crisis económica: la inaplazable hora de la racionalización”, presentada al VII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo dedicada a “Estructuras administrativas y racionalización del gasto”, celebradas en Tarragona en febrero de 2012.

<sup>26</sup> La cuestión tiene –lógicamente– otra dimensión en el ámbito de la Administración Institucional, donde existe una prohibición de que las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público ejer-

Según lo visto, podemos decir que existe una posición dominante que refleja la existencia de una especie de “núcleo duro” de lo que haya de entenderse por este tipo de funciones reservadas, núcleo compuesto por la fe pública, el asesoramiento legal preceptivo, el control de la actividad financiera y económica. Desde un punto de vista del procedimiento administrativo, estamos haciendo referencia a las fases de informe (jurídico y económico-financiero, con independencia de su efecto vinculante o no) y a la fe pública, hecho éste ligado, esencialmente, a la llevanza de Registros públicos y la actividad inspectora. Pero hay otra fase o trámite especialmente importante en toda decisión administrativa como es la propuesta de resolución, que aparece en alguna reciente legislación autonómica de desarrollo y que –creemos– supone el salto de calidad en la reserva funcional. Porque la propuesta de resolución es el documento que aglutina los diferentes pronunciamientos técnicos habidos en la fase de informe y la valoración que merezca el trámite de audiencia o/y de información pública, desde un enfoque que, necesariamente, introduce elementos de oportunidad. Es un trámite transversal en el conjunto de procedimientos y –por ende– ubicarla en el ámbito de la reserva a funcionarios supone un elemento decisivo a la hora de poder dar una respuesta de peso como discurso razonable ante las posiciones extremas que defienden la reserva a funcionarios literalista del art. 9.2.

Una vez expuesto el panorama general –sucintamente, pues quedamos exonerados de mayores esfuerzos, ante la abundante bibliografía que ya existe sobre la materia– debemos concretar nuestra tesis. Abogamos por una interpretación del art. 9.2 EBEP no literal sino teleológica, desde la consideración de

---

zan potestades (arts. 52.3 y 75.2 Ley 9/2007, de Administración de la Junta de Andalucía, o DA 12 Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado). Con ello, el problema en la búsqueda de una razón lógica a la reserva de funcionarios no ha venido tanto por la ilegalidad de aquellos casos en que este tipo de entidades han ejercido indebidamente potestades, sino por la extensión que determinados pronunciamientos han hecho acerca de qué sean tareas de imposible realización por el personal laboral de estas instrumentales por quedar reservadas a funcionarios, dada su consideración de potestad. Como ejemplo, bien vale la STSJA 25 de mayo de 2009 que versa sobre la encomienda realizada por el Servicio Andaluz de Empleo a una fundación de mano pública (Fundación Andaluza para la Formación y el Fomento del Empleo) para la “*gestión del seguimiento de las acciones formativas desarrolladas mediante contratos programas para la formación continua dentro del ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía*”. Afirma la Sala que “*En fin, la verificación de los soportes didácticos que supongan un proceso de aprendizaje sistematizado por el participante o la verificación de la existencia de una asistencia tutorial idónea o la comprobación del grado de realización del plan y el nivel de coherencia entre lo solicitado, lo aprobado y lo ejecutado, comportan igualmente, para que sean eficaces en sí mismos, algún tipo de ejercicio de potestades administrativas*”. Lógicamente, la definición de qué sean funciones reservadas a funcionarios puede realizarse de manera directa o indirecta, como realiza la sentencia transcrita, razón por la cual cobran importancia este tipo de pronunciamientos.

que lo que procede es señalar en cada uno de los procedimientos en los que se sustancian las distintas potestades, aquellos trámites o funciones que son cruciales en la conformación de la voluntad administrativa susceptible de ser impuesta coactivamente a los terceros. Así, estamos del lado de aquellas leyes autonómicas de desarrollo que contienen enumeraciones de funciones que, aún desde la generalidad de las mismas, permitan traducir en cada tipo de procedimiento los trámites que sustancian el ejercicio del poder público. El problema, claro está, viene dado por el particular perfil que cada una de las potestades manifiesta según sea la naturaleza de la acción pública, y así según se trate de actividad de policía, de fomento o de servicios y dentro de éstos, del alcance y naturaleza de la publicatio.

En esta tarea, pudiéramos apoyarnos en el último inciso del art. 92.2 LBRL, declarado conforme a la CE por STC 37/2002 cuando admite la reserva a funcionarios de funciones para las que así lo requiera “*la mejor garantía de objetividad, imparcialidad e independencia*”. No es hora de entrar en el debate de si estas notas son características exclusivas del personal funcionario<sup>27</sup>, sino de desligar de las funciones públicas, aquellas que implican autoridad: como indica CANTERO MARTÍNEZ<sup>28</sup> “*el tipo de funciones o cometidos que exterioricen una actividad de la Administración que tenga una directa trascendencia para la situación jurídica de otros sujetos de derecho y que por ello precisamente adquieren relevancia las notas de objetividad, imparcialidad e independencia*”, de lo cual extrae la autora que ello supone la reserva de “*aquel tipo de actividad administrativa que se exterioriza a través de un acto administrativo y que implica además el ejercicio frente a terceros de prerrogativas o poderes exorbitantes a los que posee cualquier sujeto privado*”.

Más allá de ello, consideramos que es materialmente imposible que las leyes de desarrollo del EBEP contengan una enumeración exhaustiva —procedi-

---

<sup>27</sup> Es un lugar común en el foro y en el debate social que el principio de objetividad y la independencia son exclusivas del personal funcionario. Por nuestra parte, entendemos que en un modelo puro de relaciones estatutarias contrapuesto a un modelo puro de relaciones basadas en un contrato laboral, es bien cierto que la el nombramiento origina un estatuto de sujeción especial que prima la permanencia en el empleo por contraposición al contrato laboral, sujeto a muy diversas causas de extinción. Sin embargo, como dice PÉREZ SIBON (“El personal laboral en el Estatuto Básico del Empleado Público: régimen legal y lagunas” [www.cositsevilla.org](http://www.cositsevilla.org)) el modelo a que se ha llegado en el común de Administraciones Públicas es un modelo mixto, que llena la relación estatutaria de notas y caracteres propios de la laboral (como ejemplo, la negociación colectiva) y la laboral de prácticas propias de la estatutaria, como es la movilidad de tales trabajadores.

<sup>28</sup> “Funcionarios y laborales (a propósito del ejercicio de potestades públicas en la Administración y de la reserva funcional)” (Ponencia presentada al VI Congreso Internacional sobre Gestión de Recursos Humanos en la Administración Pública, Vitoria 9 al 11 de junio de 2010).

miento a procedimiento— de estos trámites o funciones reservados a funcionarios. Máxime cuando queda vedado que sea en sede reglamentaria donde se resuelva la cuestión, según la doctrina constitucional que ya expusimos. Es por ello que, desde la generalidad del listado de funciones o trámites conformado en los términos dichos, deberá realizarse siempre una labor hermenéutica y de aplicación del Derecho al supuesto concreto de que se trate.

En todo caso, se trata de una cuestión que debe abordarse por cada Comunidad Autónoma con carácter prioritario, sin que sea responsable el no hacer en que están sumidas la mayoría de ellas (entre ellas, la andaluza), aunque se invoque como amparo de esta inactividad el régimen que recoge la Disposición Transitoria Segunda del EBEP. Según la misma “*El personal laboral fijo que a la entrada en vigor del presente Estatuto esté desempeñando funciones de personal funcionario, o pase a desempeñarlos en virtud de pruebas de selección o promoción convocadas antes de dicha fecha, podrán seguir desempeñándolos.*”. Desde nuestra perspectiva, esta habilitación transitoria debe ser interpretada en sus justos términos, no valiendo como panacea eterna. En efecto, el precepto que nos ocupa tiene como principal misión permitir el funcionamiento de la actividad pública, la prestación de servicios hasta en tanto se proceda a culminar el proceso de desarrollo del principio de reserva funcionarial en cada Comunidad Autónoma, y no establecer un derecho personal de quienes son laborales fijos, al ejercicio de funciones reservadas a funcionarios sine die. En cualquier caso, incluso la situación transitoria, en su correcto entendimiento, debe quedar sujeta la previa determinación de qué funciones son propias de funcionarios, con lo que —de nuevo— volvemos sobre la cuestión central: la necesidad de que por los Legisladores autonómicos se aborde el desarrollo del art. 9.2 EBEP.

De otro lado, la forma que tiene la propia Disposición de dar solución de continuidad al desempeño por tales personas de aquellos puestos o funciones, pasa necesariamente por procesos de funcionarización, al menos en un planteamiento de corte general: “*Asimismo, podrá participar en los procesos selectivos de promoción interna convocados por el sistema de concurso—oposición, de forma independiente o conjunta con los procesos selectivos de libre concurrencia, en aquellos Cuerpos y Escalas a los que figuren adscritos las funciones o los puestos que desempeñe, siempre que posea la titulación necesaria y reúna los restantes requisitos exigidos, valorándose a estos efectos como mérito los servicios efectivos prestados como personal laboral fijo y las pruebas selectivas superadas para acceder a esta condición.*”.

En un sector en el que existe un muy importante porcentaje de empleados públicos sujetos por relación laboral, como es el portuario (autonómico, por lo que después se estudiará), son, pues, dos las vías para abordar la complica-

da situación con visos de permanencia, más allá de la contingencia que supone todo régimen transitorio: la funcionarización de tal personal laboral o la cobertura de dichos puestos por personal funcionario en su calidad de tal. Y decimos ello porque, obviamente, no podrá darse por cumplido el requisito del art. 9.2 EBEP en el caso de personas funcionarias en excedencia, incluso en excedencia por sector público. Es en este sentido donde la normativa andaluza ha actuado mediante la figura de la adscripción funcional de personal funcionario a la realización de funciones por Agencias Públicas Empresariales (como es la de Puertos de Andalucía, como ejemplo propicio del ámbito en que se mueven estas Jornadas): el art. 69.3 de la Ley 9/2007 dice que *“en el caso de que se trate de funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales que deban corresponder exclusivamente a personal funcionario de acuerdo con la legislación aplicable en materia de función pública, podrá llevarlas a cabo, bajo la dirección funcional de la agencia pública empresarial, el personal funcionario perteneciente a la Consejería o la agencia administrativa a la que esté adscrita. A tal fin, se configurarán en la relación de puestos de trabajo correspondiente las unidades administrativas precisas, que dependerán funcionalmente de la agencia pública empresarial”*. Esta posibilidad tiene sus sombras y luces, que vienen dadas por el éxito en la integración del personal funcionario en las dinámicas y procesos de actuación de las Agencias, como Administraciones con caracteres de funcionamiento propios. En cualquier caso, la convivencia entre personal laboral y funcionario es una constante en el seno de las diversas Administraciones Generales, tanto la Estatal, como las Autonómicas y las Locales, por lo que la fórmula no debiera ofrecer otros problemas que los ya tradicionales.

Como conclusión de lo dicho, nuestra apuesta supone la reserva a personal funcionario de determinados trámites y funciones que actúan como “cuello de botella” del conjunto de actuaciones de empleados públicos en el ejercicio de potestades por la Administración a la que pertenecen o se adscriben. Podríamos decir que con carácter transversal, estas funciones deben ser las de fe pública (en sus diferentes manifestaciones, y así la llevanza de Registros Públicos o el levantamiento de actas de inspección), el asesoramiento legal preceptivo, la fiscalización económico-financiera (en sus diferentes aplicaciones) y la realización de las propuestas de resolución. Y, con carácter particular por ser manifestación del ius puniendi, añadiríamos la instrucción de expedientes sancionadores. Aunque este listado necesariamente debe cruzarse con las concretas aplicaciones de las potestades a cada ámbito de actividad administrativa, de lo que resulta la importancia de pronunciarnos en relación con el sector portuario.

### III. EN PARTICULAR, DEL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL ÁMBITO PORTUARIO

En el desarrollo de el tema que nos ocupa y cuando parecía que la cuestión estaba ya centrada —aún con falta del completo desarrollo autonómico— como consecuencia de la imposición de una regla de general aplicación, de carácter horizontal para el común de actividades públicas de toda Administración Pública, nos enfrentamos a una “especialidad” en la aplicación del EBEP (así la califica la propia ley) de enorme calado. Nos referimos a la modificación de la Disposición Adicional vigésimo sexta de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general por la Ley 33/2010, de 5 de agosto, en términos que recoge asimismo el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, en su Disposición Adicional vigésima tercera: “*No será de aplicación al personal de los organismos portuarios lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 9 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*”. Varias cuestiones nos suscita esta norma, algunas relacionadas con la coherencia del sistema normativo y otras tantas con aspectos prácticos en su aplicación. Comencemos por estos últimos.

La intención queda clara en relación a excepcionar la aplicación del art. 9.2 del EBEP al ámbito portuario. Pero para conocer el verdadero alcance de la misma, debemos analizar qué sean los “organismos portuarios”, como sujeto al que se refiere el precepto cuya glosa nos ocupa. La única interpretación que cabe realizar es la que entiende por tal al Organismo Público Puertos del Estado y a las Autoridades Portuarias. Debemos recordar que estamos en sede de autoorganización, donde la Administración General del Estado dispone en términos domésticos. Por lo tanto, en sí mismo, su supuesto de hecho no comprende las entidades instrumentales autonómicas con competencias o funciones de gestión de puertos que no sean de interés general del Estado. Ello es así porque la distribución de competencias que los arts. 149.1.20 y 148.1.6 CE realizan sobre la materia no pivota sobre la atribución de la misma en bloque al Estado, sino que el elemento decisivo es el interés general del puerto: tanto la Administración General del Estado como las Comunidades Autónomas tienen competencia en materia de puertos, según sean éstos<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Puede consultarse, entre otros, NAVAJAS REBOLLAR (“Régimen Jurídico-Administrativo de los puertos”, Edt. Marcial Pons, 2000, págs. 28 y ss) o SÁNCHEZ BARILAO (“Puertos y aeropuertos”, en la obra “Reformas estatutarias y distribución de competencias”, Dir. BALAGUER CALLEJÓN; Instituto Andaluz de Administración Pública, 2007, págs. 625 y ss).

Por consiguiente, el problema se ciñe al alcance de las funciones que directa o indirectamente supongan el ejercicio de potestades a los efectos del art. 9.2 EBEP, respecto del común de estas entidades autonómicas, lo cual nos abre otras dos interrogantes: ¿es posible una aplicación supletoria de tal norma estatal?; ¿cabe que por ley autonómica se excluya la aplicación del art. 9.2 EBEP a sus propios organismos portuarios?.

El primer escenario que planteamos nos sitúa en la órbita del art. 149.3 CE. Conocemos que la cláusula de supletoriedad no puede ser entendida como “una cláusula universal atributiva de competencias sobre cualquier materia a favor del Estado” (STC 15/1989, de 26 de enero), y que el alcance de esta cláusula ha quedado ajustado tras la muy glosada STC 61/1997, de 20 de marzo, en relación con la materia de urbanismo. Pero ocurre que en el caso que nos ocupa no se trataría de que por la Administración General del Estado se invocase tal cláusula en pos de la aplicación de su propia normativa a las Comunidades Autónomas, sino una propia invocación por parte de éstas ante la laguna existente en su propio ordenamiento jurídico.

Nuestra opinión es contraria a la aplicación supletoria del régimen “especial” de los organismos autónomos portuarios para con los correspondientes de las Comunidades Autónomas. Nos explicamos: a pesar del calificativo empleado por el Legislador nacional, no creemos que se haya configurado un régimen “especial” sino “excepcional” y en un doble sentido: es excepcional porque inaplica (excepciona) el régimen general del art. 9.2 EBEP a los organismos portuarios estatales y es excepcional porque se trata –en sí misma– de un supuesto singular (una excepción) a la regla general. A partir de esta convicción, la no extensión de tal norma singular a otro supuesto que el expresamente previsto en la misma, deriva de lo ordenado por el art. 4.2 Cc (“*Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni a momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas*”), pero también de la prohibición de una norma de cobertura (en este caso, el art. 149.3 CE en relación con la DA 26ª L 48/2003) para tratar de eludir la norma general (el art. 9.2 EBEP), ofreciendo un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario al mismo (art. 6.4 Cc). En suma, opinamos que la invocación en el ámbito autonómico del supuesto excepcional previsto para los organismos portuarios estatales vendría a suponer un fraude de ley porque el propio ordenamiento jurídico no ha dispuesto la excepción a la reserva a funcionarios de todo un ámbito de regulación –el portuario– sino que ha sido una norma de carácter organizativo la que ha excluido de tal principio excepcionalmente al personal de los organismos portuarios estatales. En todo caso, nos debemos remitir a lo que diremos más adelante.

¿Qué opciones tiene, pues, el Legislador autonómico? Dos: obrar como el de la Administración General del Estado o ser coherente con el mandato constitucional en el desarrollo que realiza el art. 9.2 EBEP. Lo primero nos lleva a tierras inciertas. Bien es cierto que la norma básica no ha producido la exclusión sectorial de los puertos (en su conjunto) del principio de reserva funcional, postura lógica si se atiende al hecho de que el Estado no tiene título competencial para regular los puertos que no son de interés general. Por lo que no habría argumento que oponer a que las Comunidades Autónomas –en su competencia sectorial– alegasen las mismas razones que el Legislador Estatal en la Ley de Puertos, ya que una y otras operarían desde el correspondiente título de competencia sectorial. Mas, que por parte del Legislador Estatal –en su ámbito doméstico– se haya obrado de tal modo, sinceramente no creo que habilite, desde la lógica del sistema en su conjunto, a su imitación desde posturas autonómicas. Cierto es que una y otra norma sectorial –la vigente dirigida a las Autoridades Portuarias y las que se dirigieran a los puertos autonómicos– beberían de la misma fuente: el, en cada caso, propio título de autoorganización, de competencia sectorial. Pero admitir que tal posición es legítima, significa tanto como ignorar que la reserva a funcionarios es un pilar del sistema de actuación del conjunto de Administraciones Públicas desde el marco vigente y que una exclusión general por agregación de cada Administración portuaria supondría desdecir rotundamente la razón que subyace en la exigencia de la intervención de funcionarios como garantes de la imparcialidad y objetividad en la actuación administrativa cuando ejercita potestades. Otra cosa es que consideremos que debiera modificarse tal marco, pero tal discurso de lege ferenda no resuelve la situación inmediata a que nos enfrentamos.

Para el caso de que se opte por dar consistencia al sistema encabezado por el art. 103 CE, no cabe otra solución legislativa que analizar qué funciones propias del tráfico administrativo portuario tienen el carácter que el art. 9.2 del EBEP define como reservadas a funcionarios. Y ello supone el análisis –a grandes rasgos– de las que hemos venido en llamar labores portuarias.

Desde un punto de vista económico, tres son los tipos de actividades que se desarrollan en puertos: la actividad de transporte (de mercancías o de pasajeros), la navegación deportiva y la pesca como ámbitos, con tal grado de elementos característicos, que permiten ser considerados como elementos propios y no como meras especialidades de aquélla. Cada una de las mismas genera determinado tipo de actividad material que se desarrolla en torno a las mismas, y así desde el practicaje a la estiba, la marina seca o las lonjas o fábricas de hielo. Pero la consideración de la actividad portuaria a los efectos que nos interesan debe tener en cuenta, asimismo, otro tipo de actividad que pudiéramos lla-

mar propiamente administrativa y que consiste en la gestión de un espacio marítimo-terrestre conformado por inmuebles demaniales (lámina de agua, zona portuaria de carácter demanial) o patrimoniales. En esta gestión se realizan actos jurídicos de explotación de los bienes adscritos al puerto, de policía y de prestación de servicios, interviniendo formas varias de gestión indirecta a través de particulares, como también la exacción de tributos, el ejercicio de medidas de investigación, control y autorización o medidas de sanción, todas ellas mediante determinados cauces procedimentales, a través de los cuales se relaciona el organismo portuario con los particulares que usan las instalaciones portuarias y debiendo asumir el citado organismo la responsabilidad de carácter contractual y extracontractual por daños ocasionados en el ejercicio de su actividad.

Como fácilmente se entenderá, hemos dibujado el ejercicio de funciones que entran en la órbita del art. 9.2 EBEP, toda vez que hablamos, en suma, del ejercicio de potestades de recuperación, defensa y de gestión del dominio público, de la potestad tributaria, de potestades de policía preventiva (inspección y otorgamiento de autorizaciones) y punitiva (potestad sancionadora), así como de prerrogativas en el seno de contratos administrativos. Y todo ello utilizando como cauce el procedimiento administrativo como aquél dirigido a la defensa y salvaguarda de los derechos de las personas interesadas.

La aplicación de la tesis que defendimos en la primera parte de este trabajo al caso portuario, pasaría por el breve análisis de las potestades ejercidas, para determinar en qué trámites o funciones se sitúa el núcleo de la capacidad de dictar una resolución ejecutiva y ejecutoria, como límite que distinga la actuación a través de funcionario o de personal laboral. Y es necesario, para entrar en tales aguas, no desconocer que en esta materia se producen lo que se ha denominado “ejercicio privado de funciones públicas” por SAINZ MORENO<sup>30</sup>, al estudiar, entre otros, el régimen jurídico del capitán de buque y del práctico. Esta categoría está conformada por un conjunto de personas privadas, en diferentes ámbitos de actuación (el autor engloba a notarios, agentes de cambio y bolsa o profesionales de seguridad privada, entre otros) cuyo régimen jurídico se caracteriza, respecto de la Administración Pública en quedar “*sometido al conjunto de normas que forman la disciplina pública de su actividad*”, si bien tales personas privadas no se integran en la estructura administrativa y por ende no reciben instrucciones singulares, salvo casos excepcionales— “*sino que cumple exclusi-*

---

<sup>30</sup> En un artículo de igual nombre en RAP 100-102, págs. 1699, 1983.

vamente las reglas generales que regulan su actividad, bajo su exclusiva responsabilidad, aunque la infracción de esas normas puede dar lugar a sanciones administrativas”. En el otro extremo, sobre los particulares “se caracteriza por elementos de Derecho público y privado. De una parte, está obligado a actuar –salvo que concurran supuestos tipificados que le eximan de ello– y está obligado a hacerlo de un modo reglado, pero de otra, el particular que con él contrata –previa elección del mismo– celebra un contrato privado(...) La responsabilidad del ejerciente privado de funciones públicas no es, por tanto, administrativa, sino civil. El ejerciente no se encuentra encuadrado dentro de la organización administrativa y sus actos no se imputan a la Administración”, aunque existen supuestos excepcionales, como veremos.

A partir de este esquema general, la caracterización del capitán de buque pasa por la asunción de funciones públicas de carácter disciplinario, adoptar medidas de policía con carácter extraordinario, actuar como encargado del Registro Civil –formalizando actas de nacimiento, por ejemplo– y asimismo ejercer funciones relacionadas con la fe pública (testamento marítimo) Muy gráficamente, dice el art. 300 Real Decreto Legislativo 2/2011 de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, que “*Los capitanes de buques o quienes hagan sus veces podrán adoptar, con carácter extraordinario, cuantas medidas de policía estimen necesarias para el buen régimen de a bordo en caso de peligro*”. Por su parte, el práctico de puerto, al actuar como agente de la Administración, imputa a ésta la responsabilidad derivada de los daños que pueda ocasionar con su actividad profesional (STS de 26 de febrero de 1982 o 20 de septiembre de 1984).

No obstante ello, no creemos que estos supuestos excepcionales de ejercicio por particulares de funciones públicas sea determinante en el debate que nos ocupa. Precisamente, por la razón que mueve a dotar a particulares de las mismas.

En el caso del capitán de navío, el principio de territorialidad convierte al buque con pabellón español en territorio nacional; lógicamente se precisa de un agente que represente la autoridad pública dentro del buque. Pero es que, incluso respecto de este ámbito de funciones públicas desarrolladas por el capitán del buque, es de tener en cuenta que la Comisión ha planteado dos peticiones de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia relativas a los puestos del sector privado que implican un cierto ejercicio del poder público, que han sido resueltas por sentencias de 30 de septiembre de 2003 (asuntos C-405/01 [TJCE 2003, 294] y C-47/02 [TJCE 2003, 295]). En ellas, el Tribunal ha declarado que a los capitanes o primeros oficiales de buques mercantes y de barcos pesqueros que ejerzan funciones de policía no se les puede aplicar la ex-

cepción del artículo 39.4 del Tratado CE, si tales funciones “*no se ejercen efectivamente de forma habitual y no representan una parte muy reducida de sus actividades*”. Por su parte, las labores de practicaje tienen mucho que ver con las relaciones que median entre la Administración prestadora de un servicio y los particulares –contratistas– que lo desarrollan de manera indirecta para aquélla. En el común de supuestos, el estatuto jurídico de tal colaboración con la Administración incluye la realización de funciones de corte jurídico-público, con la consiguiente atracción hacia la institución de la responsabilidad patrimonial de corte administrativo, como envolvente del común de actuaciones que realiza la Administración ora mediante una gestión directa, ora mediante la gestión indirecta.

En suma, el hecho de que en el ámbito del Derecho portuario existan supuestos excepcionales de atribución a particulares de funciones públicas, no puede llevarnos a utilizar el aforismo de que “quien puede lo más (la atribución a particulares) puede lo menos (la atribución a personal del organismo portuario ligado por una relación laboral)”<sup>31</sup>. Es por ello que se precisa esta-

---

<sup>31</sup> Aunque somos conscientes que es de otra opinión (indudablemente, más cualificada que la nuestra) el Consejo de Estado en su dictamen de 21 de julio de 2011 (808/2011) en una cita extensa, pero necesaria: “(...) conviene tener en cuenta la tarea legislativa desarrollada a partir de la Ley 27/1992. Se ha venido sucesivamente configurando un nuevo modelo de Administración portuaria, y a ello, como correlato, ha seguido una simplificación del conjunto de numerosos Cuerpos funcionariales existentes con anterioridad, y una nueva clasificación tanto administrativa como laboral, de las tareas realizadas en el sector portuario.(...) En líneas generales debe destacarse que el régimen jurídico de dicho personal se ha venido alterando para la aplicación plena al mismo del Derecho privado (y particularmente el laboral), trasladando, asimismo, al sector los principios que rigen en materia de liberalización de servicios, materia en la que el sector de transporte marítimo queda al margen en principio.(...). A lo largo de la elaboración del anteproyecto se ha suscitado la cuestión de si la remisión general en cuanto al régimen del personal habría de hacerse al régimen “laboral”, a más del “administrativo” existente, o bien cupiera también incluir la referencia al ordenamiento “privado” o “mercantil.

La objeción se planteaba al considerarse por la Secretaría de Estado para la Función Pública que no cabe la existencia de personal “propio” vinculado a la Administración conforme a otro Derecho que el administrativo o laboral. Sin embargo, la realidad muestra que también puede encontrarse bajo las reglas del Derecho privado (mercantil o marítimo), particularmente por cuanto la orientación normativa que sigue la política de transporte marítimo de la Unión Europea es precisamente la de introducir para el ejercicio de funciones (también públicas, delegadas por el Estado en los privados) en este campo a empresas privadas conforme a las reglas del Derecho privado, bien que sujetas a una regulación (mediante el título de intervención administrativa en la actividad, que no directamente en el personal, escogido por el Estado). Así como tales actividades pueden ejercerse en forma de persona jurídica o física, tiene pleno sentido la referencia genérica al Derecho privado.

El texto opta así finalmente, como resulta más correcto, por mantenerla, en su artículo 47.1 (...), siendo este el lugar idóneo también para hacer figurar la previsión contenida en la disposición adicional 26ª de la Ley 33/2010 de exclusión de la aplicación del artículo 9.2 de la Ley del Estatuto del Empleado Público (prohibición del desempeño de funciones públicas por el personal empleado público).

No se trata con esa disposición de hacer una salvedad propia al Estatuto del Empleado Público cuanto más de precaver la mejor ordenación del servicio portuario y en general marítimo, y por ello ninguna objeción hace a la misma la Secretaría de Estado para la Función Pública. Conviene tener presente que en esta materia, concretamente en cuanto atañe a la marina mercante, existe la concreta previsión de la posibilidad de delegar funciones públicas en entidades privadas, como acontece en rela-

blecer una regla que marque la frontera entre ambas tipologías de funciones o tareas portuarias<sup>32</sup>.

En este sentido, existe una primera línea de distinción, entre las labores relacionadas con oficios o la práctica empresarial y aquellas que tienen que ver con la gestión administrativa. Si atendemos a la regulación que se hace en la norma sectorial estatal, como referente de qué posición haya de desarrollarse en el ámbito autonómico, la gestión administrativa se sustancia en lo que se conoce como prestación de los servicios generales (art. 107 Real Decreto Legislativo 2/2011), correspondiendo la misma a la Autoridad Portuaria, que podrá emplear fórmulas de gestión indirecta cuando no se ponga en riesgo la seguridad o “no impliquen ejercicio de autoridad”. La propia Ley de Puertos estatal entiende por estos servicios (art. 106) aquéllos de los que se benefician los usuarios del puerto sin necesidad de solicitud, así como los necesarios para el cumplimiento de las funciones de las Autoridades Portuarias, y en particular –entre otros– la ordenación, coordinación y control del tráfico portuario, la coordinación y control de las operaciones asociadas a los servicios portuarios, la señalización y balizamiento, la policía en las zonas comunes, la limpieza habitual de las mismas y la prevención y control de emergencias.

De otro lado (art 108) aparecen labores relacionadas con oficios en los servicios portuarios<sup>33</sup>, los cuales se prestarán por la iniciativa privada (art. 109); este elenco de labores portuarias incluyen las de carácter técnico-náutico (practicaje, remolque portuario, amarre y desamarre), de servicios al pasaje (embarque y desembarque de pasajeros, la carga y descarga), de recepción de desechos generados por buques y –finalmente– de manipulación de mercancías (incluyendo la carga, estiba, descarga, desestiba, tránsito marítimo y el trasbordo de mercancías). Y aún restarían los servicios comerciales (art. 138) como

---

*ción con las funciones de inspección marítima para la expedición de certificados de seguridad de buques. Por otro lado, muchas de las funciones típicas y propias de la actividad portuaria y marítima comportan por sí el ejercicio de funciones de interés público (como sucede en el caso de los prácticos cuya tarea puede imponerse obligatoriamente por razones de seguridad marítima), y por ello es plenamente correcta esa modulación respecto del Estatuto General de la Función Pública”.*

<sup>32</sup> Es interesante conocer que de hecho existen ejemplos de cómo se enjuicia el cumplimiento del mandato del art. 9.2 EBEP en distintos ámbitos de actuación pública, y así la Orden de 25 de julio de 2011 de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se ordena la práctica de actuación inspectora extraordinaria a la Inspección General de Servicios consistente en determinar si se cumple por Agencias Públicas de la Junta de Andalucía la reserva del ejercicio de potestades públicas al personal funcionario

<sup>33</sup> Un estudio completo de los mismos se contiene, entre otras, en la obra de ACERO IGLESIAS “Organización y régimen jurídico de los puertos estatales”, Edt. Aranzadi, 2002, así como en la citada de NAVAJAS REBOLLAR.

actividades de prestación de naturaleza comercial que, no teniendo el carácter de servicios portuarios, estén vinculadas a la actividad portuaria, los cuales se prestarán en régimen de concurrencia (art. 139) de tal modo que los mismos sólo pueden constituir actividad de las Autoridades Portuarias en caso de “deficiencias de la iniciativa privada” (art. 140, siempre de la Ley de Puertos del Estado en su texto refundido por RD Leg. 2/2011).

Lógicamente, el problema que abordamos –la reserva a funcionarios– tiene que ver con lo que se denomina en la normativa estatal sectorial los “servicios generales”, esto es, con la explotación del dominio público portuario. De hecho, el art. 66 de la Ley de Puertos del Estado, cuando regula el modelo de gestión del dominio público portuario, dispone como fin del mismo “promover e incrementar la participación de la iniciativa privada en la financiación, construcción y explotación de las instalaciones portuarias y en la prestación de servicios”, pero ello “a través del otorgamiento de las correspondientes autorizaciones y concesiones, tanto demaniales como de obra pública”. Por lo tanto, expresamente afirma el empleo de la técnica de policía preventiva en forma de autorización y concesión demanial: en concreto, el art. 85 regula el procedimiento de otorgamiento de concesión demanial y los arts. 99 y 103 –respectivamente– reconocen a la Autoridad Portuaria la potestad de rescate de la concesión y el desahucio administrativo.

En el ejercicio de tales actuaciones, expresamente se atribuye a las Autoridades Portuarias la autotutela administrativa cuando el art. 158 del Real Decreto Legislativo 2/2011 habilita “a través de sus propios servicios” la vía administrativa de apremio como medida para garantizar la efectividad de sus créditos con naturaleza de ingresos de Derecho público y el art. 318 hace lo propio para el cobro de las multas o el de las indemnizaciones por daños o perjuicios causados, además de los distintos medios de ejecución forzosa recogidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en la legislación de costas. Claro está el art. 24 de la Ley ya reconocía que las Autoridades Portuarias ajustarán sus actividades al ordenamiento jurídico privado, “salvo en el ejercicio de las funciones de poder público que el ordenamiento les atribuya”. Con ello, resulta sobresaliente la habilitación que se realiza en el art. 296 del citado texto refundido para “el personal de la Autoridad Portuaria” de las funciones de policía especial, enunciadas en el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana<sup>34</sup>. Si bien se requiere que

---

<sup>34</sup> “En las materias sujetas a potestades administrativas de Policía especial no atribuidas expresamente a Órganos dependientes del Ministerio del Interior, estos solo podrán intervenir en la medida necesaria para asegurar la consecución de las

dicho personal sea el “*debidamente cualificado y adscrito al Servicio de Policía*” atribuyéndose al mismo la consideración de agente de la Administración portuaria en el ejercicio de las potestades públicas.

Como dijimos, necesitábamos de una somera exposición del esquema de funcionamiento de un organismo portuario según la normativa sectorial estatal. Acudiendo ahora al campo autonómico, la Ley 21/2007, de 18 de diciembre, de Régimen Jurídico y Económico de los Puertos de Andalucía contiene varios pronunciamientos de interés, comenzando por la Disposición Adicional Primera cuando reconoce que “*en el ejercicio de sus competencias, la Agencia estará investida, en su caso, de las potestades inherentes al carácter administrativo de las mismas, con plena sujeción al ordenamiento jurídico público*”, potestades que evidentemente tienen que ver con la gestión del dominio público portuario a través de las autorizaciones y concesiones que se regulan, pero asimismo –y del mayor interés para nosotros– con las funciones de inspección y vigilancia. Concretamente, el art. 72, tras atribuir tales potestades a la “*administración del Sistema Portuario*”, avanza en su apartado 2º que “*La actuación inspectora se llevará a cabo por los funcionarios de la Consejería competente en materia de puertos, auxiliados por el personal expresamente facultado por la Agencia, que tendrán, en el ejercicio de sus funciones, la consideración de agentes de la autoridad*”. Como se observa, un modelo absolutamente contrapuesto al de las Autoridades Portuarias.

Mas no todo el panorama autonómico ofrece una situación tan definida. Si atendemos a lo acontece en Cataluña, la Administración portuaria (Ley 5/1998, de 17 de abril, de Puertos de Cataluña) se personifica en la entidad de derecho público Puertos de la Generalidad, la cual ajusta su actividad al derecho privado pero se somete al derecho público (a los efectos que nos interesan) en las relaciones jurídicas que se deriven de actos de “*limitación, intervención, control y sancionadora, los expropiatorios y, en general, cualquier acto que implique actuación de soberanía o ejercicio de potestades administrativas*” (art. 7). En particular, “*la actuación inspectora debe ser realizada por el personal específicamente designado y autorizado por la Administración portuaria. En cualquier caso, este personal tiene la consideración de agente de la autoridad en el ejercicio de sus funciones y en los actos de servicio*” (art. 101.2, en la redacción dada por Ley 10/2011, de 29 de diciembre) personal que está sujeto al derecho laboral. En desarrollo de tal ley, el Decreto 206/2001, de 24 de julio, de aprobación del Reglamento de policía portuaria, atribuye en su art. 3

---

*finalidades previstas en el apartado 2 del artículo 1º*, esto es: “*el ejercicio de las potestades administrativas previstas en esta Ley, con la finalidad de asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como la de prevenir la comisión de delitos y faltas*”.

*“al Departamento de Política Territorial y Obras Públicas, mediante la Dirección General de Puertos y Transportes y el ente público Puertos de la Generalidad, la potestad de inspección y vigilancia”, insistiendo en que “la actuación inspectora debe ser realizada por el personal designado a tal efecto por la administración portuaria. Los inspectores tienen el carácter y la potestad de autoridad en el ejercicio de sus funciones.”* En los puertos de gestión directa *“el personal que actúa de guardamuelles tiene como misión prevenir, evitar y denunciar las infracciones que puedan cometerse en relación con la legislación vigente y debe dar cuenta de sus actuaciones a las autoridades competentes por razón de la materia”*.

En una línea similar, la Ley 10/2005, de 21 de junio, de puertos de las Islas Baleares residencia en el ente Puertos de las Illes Balears, como ente de derecho público, *“el ejercicio de las competencias ejecutivas de la administración autonómica en materia de puertos y de instalaciones portuarias y marítimas”* (art.21), para lo cual actúa con sometimiento al Derecho privado salvo –entre otros– respecto de *“las relaciones jurídicas que impliquen el ejercicio de potestades públicas y, en especial, las de carácter demanial, la de policía, la sancionadora y la tributaria”* (art. 23), atribuyéndose a esta entidad el ejercicio de policía administrativa de puertos y –en concreto– su inspección y vigilancia (art. 106), la cual *“se lleva a cabo mediante personal habilitado, que tendrá, en el ejercicio de sus funciones, la condición de agente de la autoridad”* (art. 107).

A diferencia de las anteriores, la Ley 14/2003, de 8 de abril, de Puertos de Canarias muestra matices de importancia. Parte –como en las restantes– de crear una entidad instrumental, *Puertos Canarias*, la cual ajusta sus actividades y régimen de funcionamiento al ordenamiento jurídico-privado, *“salvo en el ejercicio de las funciones de poder público que el ordenamiento le atribuya, en especial las relativas a concesiones y régimen de utilización del dominio público portuario, procedimiento sancionador, medidas de policía portuaria y, en general las referidas a las actividades de limitación, intervención y control”*. Ahora bien, la afirmación verdaderamente interesante aparece en el art. 37 cuando dice que *“el personal de Puertos Canarias estará vinculado a la entidad por una relación sometida a las normas de Derecho Laboral, salvo las plazas que en atención a la naturaleza de sus funciones o contenido queden reservadas al personal funcionario”*. Y es que, según la DA 3ª, los funcionarios de la Comunidad Autónoma de Canarias que a la entrada en vigor de tal se encontraran prestando sus servicios en los cuerpos y escalas correspondientes en los puertos de titularidad de Canarias, pudieron optar, entre otras posibilidades, por *“alguna de las plazas de Puertos Canarias, que en atención a la naturaleza de sus funciones o contenido, pudieran quedar reservadas a personal funcionario,”* siempre que tuvieran los requisitos exigidos para ello.

Una vez expuestos algunos ejemplos del Derecho autonómico vigente, nos debemos pronunciar sobre este debate. La posición que defendemos es consecuencia de la propuesta con anterioridad desde un punto de vista general: la re-

serva a personal funcionario de aquellos trámites o funciones que son esencia misma del ejercicio de autoridad. Si se nos exige mayor concreción, podríamos distinguir tres grandes ámbitos de actuación: la gestión y explotación del dominio público, la contratación pública y la función de policía. Respecto del primero (tanto respecto del otorgamiento como en la defensa y recuperación del mismo), consideramos que deben quedar reservadas a funcionarios, las funciones de registro, el trámite de informe jurídico preceptivo y propuesta de resolución. En el caso de la contratación pública, además de las funciones de registro, el trámite de informe jurídico preceptivo, el control financiero del gasto y la propuesta de resolución en el caso de ejercicio de prerrogativas en la ejecución o extinción del contrato. Y, finalmente, en el caso de las funciones de policía, el levantamiento de actas de infracción, la instrucción del procedimiento sancionador, la emisión de informes jurídicos preceptivos y la propuesta de resolución, cuando la misma no vaya aparejada a la propia instrucción.

Llegados a este punto, ¿qué valoración nos merece el régimen excepcional de no aplicación del art. 9.2 EBEP previsto para los organismos portuarios estatales? Para responder a esta pregunta, creemos que es interesante que traigamos a colación las Instrucciones para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, dictadas el 21 de junio de 2007 por la Secretaria General para la Administración Pública. De entre su amplio contenido, queremos resaltar el siguiente.

Existen preceptos del EBEP directamente aplicables, entre los cuales se hayan los que componen el título I (objeto y ámbito de aplicación) y el título II (clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas); muy en particular, la reserva del ejercicio de potestades públicas a funcionarios públicos del artículo 9.2 es de “*aplicación directa e inmediata a todo el personal al servicio de la Administración General del Estado señalado en el apartado 2º*”. El citado apartado 2º analiza el ámbito de aplicación del EBEP en la Administración General del Estado, resultando su incidencia respecto del personal funcionario al servicio de los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado. Al personal laboral que presta servicios en dicho ámbito se le aplican los preceptos que así lo dispongan. En concreto, según la citada Instrucción, al establecer el art. 7 EBEP el sistema de fuentes aplicable, manteniendo su vigencia las normas relativas a las funciones que puede desempeñar el personal laboral establecidas por el art. 15.1.c) de la Ley 30/1984, que determina los puestos que puede desempeñar el personal laboral, incluido ligado por una relación de alta dirección.

Bien es cierto que, como indica VÁZQUEZ PORTOMEÑE-SEIJAS<sup>35</sup>, las relaciones de interferencia de la normativa portuaria con la ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado sustentan “una de las más aparentes manifestaciones del proceso de huida del Derecho Administrativo a que el legislador ha sometido a los organismos públicos portuarios”, ya que “siendo puertos del Estado y las Autoridades Portuarias, evidentemente, parte de la Administración institucional del Estado, se sitúan consciente y voluntariamente al margen de la categoría agrupatoria general llamada a aglutinar a la totalidad de los entes integrantes de aquella. Ni las Autoridades Portuarias ni puertos del Estado son, pues, organismos públicos en el sentido de la LOFAGE”, hecho que lleva al citado autor a afirmar que “así pues, la huida del Derecho Administrativo en el ámbito de la Administración portuaria parece haber dejado de ser siquiera una necesidad racional (con independencia de la mayor o menor admisibilidad de sus móviles) para convertirse en un puro e irreflexivo instinto reflejo del legislador”

Por consiguiente, siendo de aplicación directa la reserva a funcionarios al personal que presta servicios a entidades de derecho público que componen la Administración Institucional del Estado, parecería que el Legislador ha optado por una solución ad hoc para el sector portuario, teniendo en cuenta que el personal portuario estatal se rige, con carácter general, por relaciones de derecho laboral<sup>36</sup> que podrá mantener el ejercicio de funciones de autoridad sin necesidad de acudir al régimen transitorio general<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> “La inserción sistemática de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen económico y de prestación de servicio de los puertos de interés general en el ordenamiento administrativo español” en “La nueva legislación portuaria. Comentarios a la Ley 48/2003/48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen económico y de prestación de servicio de los puertos de interés general”, VVAA Edt. Atelier, 2004 págs. 344 y ss.

<sup>36</sup> El art. 47.1 de la tan citada norma sectorial estatal establece que “El personal de los organismos públicos portuarios quedará vinculado, con carácter general, a su entidad respectiva por una relación sujeta a las normas de derecho laboral que le sean de aplicación, sin perjuicio de que, para las actividades en que proceda, pueda sujetarse a las normas de derecho civil o mercantil”

<sup>37</sup> Según observa NAVAJAS REBOLLAR “(...)la propia realidad práctica que hemos venido observando en este punto de forma generalizada, nos hace concluir que el ejercicio de potestades administrativas por personal laboral se encuentra no sólo reconocido (evidentemente, eran tiempos anteriores al EBEP...) sino prácticamente generalizado”, “Régimen de planificación, de funcionamiento y de control en la ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen económico y de prestación de servicio de los puertos de interés general” pág 96, en “La nueva legislación portuaria. Comentarios a la Ley 48/2003/48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen económico y de prestación de servicio de los puertos de interés general”. Pero, incluso, esta opción por la exclusión de la reserva a funcionarios encuentra ángulos que superar como el que se deriva del escenario que plantea el art. 278 del texto refundido de la Ley de Puertos cuando permite que el personal laboral que se encontrara desempeñando funciones relacionadas con la Marina Civil “prestando servicios en puestos a desempeñar por

Como decimos, aparentemente no existe otra razón para imponer la excepción de la regla del art. 9.2 EBEP a los organismos portuarios estatales que la razón práctica de política de personal. Aunque, claro está, el hecho de encajarse hacia esta dirección de admitir el ejercicio de potestades por personal no funcionario pudiera llevar, sobre las olas de los discursos de contención de gasto, a “puertos” no previstos en su momento, como pudiera ser la extensión de las formas de gestión indirecta al común de la gestión portuaria.

---

*personal funcionario*”, pueda integrarse en el Cuerpo Especial Facultativo de Marina Civil adscrito al Ministerio de Fomento y clasificado como grupo A1, siempre que se cumplan las condiciones y requisitos recogidos en la disposición transitoria decimoquinta de la Ley 30/1984, de 2 de agosto. Parece derivarse de ello que, a pesar de que se excluya lo dispuesto por el art. 9.2 EBEP al ámbito de los organismos portuarios estatales, existen “puestos a desempeñar por funcionarios”, lo cual no deja de ser una aparente paradoja.