

# **EL PROCESO DE LABORALIZACION DE\* LA FUNCION PUBLICA: ASPECTOS CRITICO Y LIMITES**

**Juan Rivero Lamas**  
Catedrático de Derecho del Trabajo  
Universidad de Zaragoza

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO GENERAL: UN PROCESO DE IDA Y VUELTA II. SOBRE LOS PERFILES CONSTITUCIONALES DE LA FUNCION PUBLICA: LA OPCION POR EL REGIMEN ESTATUTARIO. III. MATERIAS LABORALES QUE SE INCLUYEN EN LO BASICO DEL REGIMEN ESTATUTARIO FUNCIONARIAL: SOBRE LAS PECULIARIDADES DEL DERECHO ESPAÑOL A LA LIBRE CIRCULACION DE TRABAJADORES COMUNITARIOS. IV. LA LIBERTAD SINDICAL DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS: ¿UN DERECHO FUNDAMENTAL DIFERENCIADO O DIFERENTE? LA HUALGÁ DE LOS FUNCIONARIOS. V. LOS LIMITES DE LA NEGOCIACION COLECTIVA FUNCIONARIAL. VI. LA INCORPORACION DE LAS TECNICAS DE GESTION DE PERSONAL PRIVADAS AL SECTOR PUBLICO. VII. UNA ANOMALA Y PELIGROSA EXTENSION DE LOS PRINCIPIOS DE DERECHO DEL TRABAJO: LA ADQUISICION DEL CARACTER DE PERSONAL LABORAL FIJO CONTRA EL MERITO Y LA CAPACIDAD. VIII.- LOS ACUERDOS-MARCO ADMINISTRACION DEL ESTADO-SINDICATOS DE 1991 Y 1994 Y EL EJERCICIO CONJUNTO DEL DERECHO A LA NEGOCIACION COLECTIVA DE FUNCIONARIOS Y TRABAJADORES. IX. LA REFORMA DE LOS PROCESOS ELECTORALES A LOS ORGANOS DE REPRESENTACION DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS: UNA REGULACION SIMETRICA A LA LABORAL. X. REGIMEN FUNCIONARIAL Y LABORALIZACION DEL EMPLEO PUBLICO EN ESPAÑA REFLEXIONES CRITICAS ACERCA DE UN PROCESO ABIERTO.

## **I. PLANTEAMIENTO GENERAL: UN PROCESO DE IDA Y VUELTA**

El personal de servicio de las Administraciones públicas en España no forma un conjunto homogéneo ni está sometido a un mismo régimen jurídico, aunque todo él sirva a un Estado social y democrático de Derecho en distintas Administraciones, formando parte de la organización de éstas a través de órganos “creados, regi-

\* Esta conferencia pertenece a las V Jornadas de Estudio; las ponencias restantes fueron publicadas en el vol. I de este Anuario.

dos y coordinados de acuerdo con la Ley” (art. 103.2, CE). La existencia de un personal funcionario provisto de un estatuto jurídico estable fue en algunos países, para el nacimiento del Derecho del Trabajo, un referente de garantías a alcanzar para los trabajadores dependientes del sector privado, entonces carentes de ellas. En menos de un siglo el panorama ha cambiado mucho: las Administraciones no sólo tienen a su servicio funcionarios porque el incremento del número de trabajadores sometidos a régimen laboral en el sector público ha sido un proceso, lento pero progresivo, que ha creado una dualidad de situaciones en la mayoría de los ordenamientos contemporáneos y, también, en la realidad del empleo público en nuestro país. Pero, simultáneamente, en la función pública se ha operado un proceso de “laboralización” (o privatización), que significa una “desvirtuación de los elementos cardinales” de aquella como sistema de organización de los funcionarios regidos por un estatuto, y estructurados en cuerpos jerarquizados, dentro de los cuales se les garantiza una carrera. Su profesionalización se propiciaba a través de un sistema de ingreso en cuerpos que tenían asignadas funciones y servicios determinados. Aunque la laboralización del régimen funcional no suponga el desplazamiento del régimen estatutario y su sustitución por otro contractual-laboral, la permeabilidad de aquel régimen a unos nuevos principios de organización -inventario de puestos de trabajo, movilidad horizontal y vertical o implementación del régimen legal y reglamentario configurador del estatuto con formas de negociación colectiva y participación sindical en la determinación de condiciones de trabajo-, supone la aparición de factores inéditos en la estructura y en el funcionamiento del régimen funcional<sup>1</sup>.

La incorporación de personal en régimen laboral a las Administraciones públicas se intensificó en España en el periodo comprendido entre 1984 y 1988, quedando frenado a consecuencia de la S. TC. 99/1987, de 11 de junio, y de manera firme y rotunda en la Administración del Estado por la nueva redacción de algunos preceptos de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LRFP), por la Ley 23/1988, de 28 de

(1) Parada Vazquez, J.R.: *Derecho Administrativo, II. Organización y empleo público*, Madrid, L.E. Marcial Pons, 1989, págs. 342-348; Vid. Sala Franco, T: *Incidencia de la legislación laboral en el marco de la función pública*, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1988; Albanese, A.: “Impiego pubblico e impiego privato presso la pubblica amministrazione in Germania e Spagna”, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, nº 57 (1993), págs. 163-212.

julio. A partir de esta nueva regulación la excepción debe ser la incorporación de personal laboral, porque la opción genérica que se deriva de la Constitución (art. 103.3 y art. 149.1, 18<sup>a</sup>) es -conforme ha entendido el TC, aunque posiblemente cabrían otras lecturas e interpretaciones- por el estatuto funcional. A consecuencia de la reforma legal, se está operando un largo proceso de funcionarizaciones, en medio del cual aún nos encontramos, con el que se trata de reconducir a un marco jurídico general situaciones de empleo laborales generadas bajo el imperio de la normativa anterior, así como un cúmulo de contrataciones temporales de fisonomía muy diversa.

En definitiva, el proceso de laboralización va más allá de la opción por el vínculo a través del cual se incorporan a las Administraciones públicas las personas a su servicio: afecta, en efecto, al mismo sistema estructurador de la función pública, a su régimen jurídico, a las instituciones laborales, a las fuentes de regulación y a los instrumentos de autodefensa de quienes están sometidos a un régimen estatutario. Por lo que a estos se refiere, el reconocimiento del derecho de sindicación a los funcionarios, del derecho a la huelga y de plantear conflictos colectivos y utilizar medios extrajudiciales de solución, en representación colectiva de los funcionarios, así como, y sobre todo, de la negociación colectiva, han creado problemas complejos que imponen un esfuerzo de adaptación del régimen estatutario, dominado por la Ley y el reglamento, a unos principios y técnicas de regulación que propician soluciones convenidas partiendo de la afirmación del conflicto de intereses. La influencia de la laboralización también se ha acentuado con la reciente importación de figuras laborales como los planes de empleo y la movilidad geográfica y funcional, que prestan una función flexibilizadora y de racionalización a la gestión de personal en el marco de un nuevo modelo abierto de función pública, que descansa sobre las relaciones de puestos de trabajo y unos macrogrupos funcionales, y no exclusivamente sobre los conceptos de cuerpo y escala.

En definitiva, más allá de la diferente naturaleza de la relación funcional respecto del contrato de trabajo de los empleados laborales, y del distinto grado de imperatividad de la Ley respecto de la regulación colectiva en la configuración de las fuentes reguladoras de uno y otro vínculo jurídico con las Administraciones públicas, se

registra un proceso de laboralización paralelo en la función pública que se ha acelerado con la Ley 9/1987, de 12 de mayo, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas (LOR), y cuyos más relevantes instrumentos son el Acuerdo para modernizar la Administración y mejorar las condiciones de trabajo de 1991<sup>2</sup>, que junto con la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, y a otras más recientes disposiciones legales y reglamentarias (en concreto, la Ley 41/1994, de 30 de diciembre, de Presupuestos generales del Estado para 1995; Ley 42/1994, de acompañamiento a la anterior y los Reales Decretos, 364/1995, de 10 de marzo, que contiene el nuevo Reglamento General de Ingreso, Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional, y 700/1995, de 28 de abril, que aprueba la oferta de empleo público para el año en curso). Estas últimas disposiciones tienen también su marco de aplicación en el Acuerdo Administración-Sindicatos para el periodo 1995-1997 sobre condiciones de trabajo en la función pública<sup>3</sup>, y en el Acuerdo entre las mismas partes, de 7 de febrero de 1995, para la ordenación de la negociación de los convenios colectivos de la Administración del Estado<sup>4</sup>.

Esta enumeración de disposiciones resulta necesaria porque a través de ellas se han jalonado las peculiaridades de los derechos sindicales en la función pública, que la Ley Orgánica de Libertad Sindical consideró preferible minimizar. Como la determinación de tales peculiaridades venía exigida por el propio artículo 103.3 y 148.1, 18<sup>a</sup> CE, ha sido a través de un proceso largo y atormentado, en el que participan tanto la jurisprudencia constitucional como la

(2) Vid. Ojeda Avilés, A.: "El Acuerdo para modernizar la Administración y mejorar las condiciones de trabajo: un importante avance en la negociación colectiva pública", *AL*, 1992, n° 17, págs. 329 y ss.

(3) Resolución de 19 de septiembre de 1994, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, por la que se ordena la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de septiembre de 1994, por el que se aprueba el Acuerdo Administración-Sindicatos sobre condiciones de trabajo en la Función Pública (BOE, 20 de septiembre 1994).

(4) Resolución de la Dirección General de Trabajo de 24 de febrero 1995 (BOE, 11 de marzo) y rectificación de errores por la Resolución de 16 de marzo (BOE, 4 de abril).

Ley y la propia negociación colectiva, como se están conformando el contenido de la relación de servicios en el empleo público y el ejercicio de los derechos sindicales y de negociación colectiva de los funcionarios públicos.

## II. SOBRE LOS PERFILES CONSTITUCIONALES DE LA FUNCION PUBLICA: LA OPCION POR EL REGIMEN ESTATUTARIO

La redacción originaria del artículo 15.1 de la Ley 30/1984 determinaba que correspondía al Ministerio de la Presidencia especificar los puestos de trabajo que se reservaban a los funcionarios públicos “en atención a la naturaleza de su contenido”. Con ello, a través de esta fórmula deslegalizadora se pretendió suprimir la reserva de Ley en un punto crucial, como lo era la regla general en la provisión de puestos de trabajo de las Administraciones por los funcionarios. El Tribunal Constitucional estimó, en parte, la impugnación planteada en un Recurso de inconstitucionalidad, privando a la Administración del Estado de tal poder respecto del personal especificado en el apartado 1º del artículo 1º de la LRFP, lo que puso de manifiesto, de manera frontal y terminante, en la Sentencia 99/1987: “Este apoderamiento indeterminado que la Ley confiere al Ministerio de la Presidencia a efectos de especificar cuales eran los puestos de trabajo que deben quedar reservados a funcionarios públicos entraña una patente conculcación de la reserva de Ley... y, de este modo, una renuncia del legislador a su tarea de establecer en este punto, ciertamente crucial para la estructura de las Administraciones públicas y de la propia función pública, condiciones y límites materiales sobre las determinaciones concretas que puedan ser adoptadas por los órganos de la Administración...”<sup>5</sup>; por tal razón se declaraba tal inciso del artículo 15.1 inconstitucional y nulo.

El Tribunal Constitucional, en el mismo lugar de la mencionada Sentencia 99/1987 (FJ. 3), precisaba cómo la opción de nuestra Constitución había sido “por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos”, debiendo ser la Ley también “la que determine en qué casos y con qué condiciones puedan reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración Pública...”. Aunque el contenido del “régimen esta

(5) FJ. 3. d. de la STC 99/1987, de 11 de junio

El Tribunal Constitucional, en el mismo lugar de la mencionada Sentencia 99/1987 (FJ. 3), precisaba cómo la opción de nuestra Constitución había sido “por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos”, debiendo ser la Ley también “la que determine en qué casos y con qué condiciones puedan reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración Pública...”. Aunque el contenido del “régimen estatutario” -expresión que figura en el artículo 149.1.18 CE- “no se puede definir en abstracto y *a priori*”, el Tribunal Constitucional avanza una serie de cuestiones que han de entenderse comprendidas en el mismo<sup>6</sup>. Por lo demás, aunque no se refiera expresamente el Tribunal Constitucional al carácter de “garantía institucional” del concepto de función pública<sup>7</sup>, claramente alerta sobre su contenido y respeto, ya que la regulación legal debe respetar la “reserva constitucional”, de manera que “sea reconocible en la Ley misma una determinación material suficiente de los ámbitos... incluidos en el Estatuto funcional, descartándose, de este modo, todo apoderamiento explícito o implícito a la potestad reglamentaria para sustituir a la norma de Ley en la labor que la Constitución le encomienda”. En definitiva, el Tribunal Constitucional explicitaba al legislador ordinario un elenco no cerrado de materias que constituían,

(6) “En el primer inciso de su art. 103.3 la Constitución ha reservado a la Ley la regulación de la situación personal de los funcionarios públicos y de su relación de servicio o régimen estatutario”, por emplear la expresión que figura en el art. 149.1.18 de la misma Norma fundamental. Es este, desde luego, un ámbito cuyos contornos no pueden definirse en abstracto y *a priori*, pero en el que ha de entenderse comprendida, en principio, la normativa relativa a la adquisición o pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones que en esta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de Cuerpos y Escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas, pues habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos (arts. 103.3 y 149.1.18), habrá de ser también la Ley la que determine en qué casos y con qué condiciones puedan reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración Pública.

(7) Sobre el concepto y las aplicaciones del concepto de “garantía institucional”, Parejo Alfonso, L.: *Garantía institucional y autonomías laborales*, Madrid, IEAL, 1981. La aplicación de este concepto al estatuto de la función pública recientemente, en Montoro Chiner, M.J.: “Para la reforma del empleo público: nueve proposiciones”, *RAP* n.º 136(1995), págs. 180-192.

entre otras, “los aspectos de la función pública que debe necesariamente regular porque conforman su estatuto”, al tiempo que le ordenaba determinar en la Ley los supuestos y las condiciones en que se pueden reconocer otras vías de acceso al servicio de la Administración pública compatibles con aquel estatuto, para así protegerlo de unos riesgos de disolución por el vaciamiento de sus contenidos o de los sujetos sometidos potencialmente al mismo, a través de ampliaciones para incorporar personal no funcionario que le hicieran perder su propia identidad.

Ciertamente, la regulación originaria de la LRFP no atentaba en su artículo 15.1 contra la figura del funcionario sometido a un régimen estatutario propio, sino contra la reserva de Ley para excluir su aplicación. Constituye, y sigue siendo, una laguna de aquella Ley el no haber atribuido carácter de base del régimen estatutario (art. 1.3) a la distinción entre el personal funcionario y el laboral. La técnica utilizada por la Ley 23/1988, de 28 de julio, que incorporó al texto de la LRFP de 1984 los cambios imperados por la STC 99/1987 para garantizar la aplicación del régimen estatutario funcional, consistió en establecer, como regla general, que “los puestos de trabajo de la Administración del Estado y de sus Organismos Autónomos así como los de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social” serían desempeñados por los funcionarios públicos, exceptuando a continuación los puestos de trabajo que podían desempeñarse por personal laboral. Sin embargo, al carecer de carácter básico este precepto, la técnica fuerte de la legislación básica para salvaguardar el “núcleo esencial” de la institución no era de obligada aplicación directa por las Comunidades Autónomas, salvo que se residenciase por éstas en las correspondientes leyes de funcionarios o no se estableciera una regulación propia en estas.

En otro caso sería de aplicación como derecho supletorio (nº 5, del art. 1º LRFP). Esta recepción ha tenido lugar respecto de la Administración Local<sup>8</sup>, pero la situación resulta incierta respecto de

(8) En efecto, el artículo 177, del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, que remite al art. 103 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, precepto que a su vez, reenvía al 91 de la propia Ley, según el cual: “Las Corporaciones Locales formularán públicamente en oferta de empleo, ajustándose a los criterios fijados en la normativa básica estatal” (nº 1 del art. 91).

algunas Comunidades Autónomas, y se presta a que sus legislaciones sobre la función pública establezcan diferentes criterios para excluir del régimen estatutario funcional los puestos que pueden ser ocupados por empleados sometidos al régimen laboral, exclusiones ante las que cobraría todo su valor de control el concepto de "garantía institucional". No parece, por ello, fuera de lugar postular que la actual regulación del artículo 15,1, c) de la LRFP tuviera en un futuro carácter básico, calificación que ya le había otorgado el Tribunal Constitucional en una decisión anterior a la Sentencia 99/1987<sup>9</sup>.

El régimen estatutario a que se refiere el artículo 103.3 de la CE se proyecta en dos direcciones principales: en su vertiente individual, tiene como contenido indiscutible la relación de servicio, definida unilateralmente y no modificable mediante un concurso de voluntades sino de conformidad con sus fuentes reguladoras que son, fundamentalmente, la ley y el reglamento; a ello se refiere el TC cuando insiste que la relación que vincula al personal al servicio de las Administraciones públicas tiene carácter estatutario, y no negocial o contractual, con "las consecuencias de que la normativa vigente al comienzo de ese servicio pueda ser unilateralmente modificada... y de que las condiciones o beneficios reconocidos en esa normativa inicial constituyen meras expectativas y no derechos adquiridos"<sup>10</sup>. Desde el punto de vista colectivo, la regulación de la situación jurídica de los funcionarios viene determinada por la aplicación de disposiciones legales y reglamentarias establecidas en cada caso por la Administración; pero también por "las reglas sobre representación y acción colectiva de los funcionarios públicos"<sup>11</sup>, a partir de las cuales tendrá lugar la producción de una regulación colectiva en la cual, a través de sus representaciones sindicales, los funcionarios públicos participan en la fijación de sus condiciones de empleo. En definitiva, la visión que se sigue de una articulación del régimen estatutario conformado unilateralmente por la Ley y el

(9) STC 57/1982, de 27 de julio (FJ, 4º), resolviendo un conflicto positivo de competencia planteado por el Gobierno de la Nación,

(10) SS. TC. 99/1987, de 11 de junio y S. 293/1993, de 18 de octubre; también las Sentencias del TS (III) de 3 de mayo de 1989 y 26 de octubre de 1992.

(11) STC 102/1988, de 8 de junio.



Reglamento se ha visto esencialmente modificada la proyección del principio de participación en la gestión y por toma de decisiones de la Administración con el concurso de organizaciones en defensa de los intereses colectivos, de los propios administrados y de sus funcionarios<sup>12</sup>. Lo que constituye un fenómeno general en el marco de las nuevas concepciones del Derecho Administrativo, pero que se concreta y acentúa por el reconocimiento de la libertad sindical y de los medios de autotutela, aunque sea con especificaciones, en el marco de la relación funcionarial.

La cuestión central que plantea la coexistencia del régimen estatutario con el ejercicio de los derechos conexos a la libertad sindical, y de forma capital con la negociación colectiva, ya se vincule o no ésta a la primera, es la de hacer compatibles figuras e instituciones que parten de concepciones organizativas diferentes<sup>13</sup>, pero que en el régimen implantado por la Constitución para la Función pública es preciso armonizar. La proyección de la libertad sindical, la negociación colectiva y los demás instrumentos de autotutela colectiva en la función pública, generan un incuestionable grado de laboralización del régimen jurídico de la función pública, que se ve incentivado, a su vez, por la existencia de empleados públicos sometidos al régimen contractual laboral. La aplicación de los instrumentos de autotutela colectiva para la determinación de las condiciones de empleo en la función pública, ya prevista inicialmente en la LRFP (art. 3.2, b y c) y posteriormente especificada por la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS) de noviembre de 1985 y por la Ley de Organos de Representación (LOR), Ley 9/1987 de 12 de junio, esencialmente modificada en materia de negociación colectiva por la Ley 7/1990 de 19 de julio, está contribuyendo, sin duda, a operar una aproximación homogeneizadora entre el régimen laboral de los funcionarios y el de los trabajadores. Pero esta aproximación no puede conducir al establecimiento de una igualdad de trato entre unos y otros, como se ha encargado de precisar el TC, ya que tal

(12) Martín Retortillo, S.: *Derecho económico*, T. I, Madrid, 1988, págs. 58 y ss. También, Sánchez Morón, M.: "Participación, neocorporativismo y Administración económica", *Libro Homenaje al Profesor García de Enterría*, Tomo V, Madrid, 1991, pág. 3493.

(13) Palomar Olmeda, A.: *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, 2ª edic. Madrid. Dykinson, 1992, pág. 72. Sainz Moreno, F.: "El estatuto de la función pública después de la STC 99/1987 y de la Ley 23/1988", *RAP*, nº 117 (1988), pág. 3102.

consecuencia no se infiere de la Constitución; aún más, el “campo de aplicación del Derecho del Trabajo a la Función pública está regulado en el artículo 103.3 de la norma fundamental y no en el artículo 35”<sup>14</sup>, lo que determina la existencia de regulaciones diferenciadas en los elementos configuradores de una y otra relación, no justificándose, por ello, las sospechas de arbitrariedad cuando tales regulaciones no parezcan irrazonables<sup>15</sup>.

### III. MATERIAS LABORALES QUE SE INCLUYEN EN LO BASICO DEL REGIMEN ESTATUTARIO FUNCIONARIAL. SOBRE LAS PARTICULARIDADES DEL DERECHO ESPAÑOL A LA LIBRE CIRCULACION DE TRABAJADORES COMUNITARIOS

La regulación de la función pública es una de las materias en las que la Constitución Española de 1978 ha repartido la competencia sobre una misma materia entre el Estado y las Comunidades Autónomas, utilizando para ello la fórmula de la legislación básica. Pues bien, esto se traduce en la existencia de ámbitos competenciales de perfiles no siempre claros: así, se atribuye al Estado una competencia exclusiva sobre “las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de los funcionarios que, en todo caso, garantizaran a los administrados un tratamiento común ante ellas...”; pero la concreción de la regulación básica puede, y debe, hacerla la Ley, y es lo cierto que no la hace siempre o la lleva a cabo de forma incompleta. Aún mas, la delimitación de lo básico ha de hacerse atendiendo a un criterio material, por lo que a su determinación pueden contribuir tanto las leyes formales como los reglamentos, aunque no sea así sino con carácter excepcional<sup>16</sup>.

(14) STC 108/1986, de 29 de julio.

(15) SS. TC. 57/1982, de 27 de julio (FJ 9º), STC 99/1987, de 11 de junio (FJ. 6º, d); Mairal Jimenez, M.: *El Derecho Constitucional a la igualdad en las Relaciones Jurídicas de Empleo Público (Un estudio de los problemas jurídicos derivados de la dualidad de regímenes normativos aplicables al personal al servicio de las Administraciones públicas)*, INAP, Granada, 1990.

(16) Jiménez Campos: “¿Qué es lo básico? ¿Legislación compartida en el estado autonómico?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 27 (1989), págs. 39 y ss. Muñoz Machado, S.: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Madrid 1982, pág. 375; García de Enterría, E.-Fernández Rodríguez, T.: *Curso de Derecho Administrativo* 6ª edic., T. I. págs. 288 v ss.

Pues bien, las normas básicas para la función pública no están determinadas en un cuerpo legal que permita su previo conocimiento en todos los casos, porque el estatuto a que se refiere el artículo 103.3 CE aún está en fase de gestación, siendo preciso hacer una reconstrucción de los contenidos básicos agrupando materias contenidas en disposiciones diferentes y con la colaboración, en no pocas ocasiones, de la jurisprudencia ordinaria y constitucional.

La LRFP de 1984 contiene en su artículo 1 n° 3 una relación de preceptos de la misma a los cuales se atribuye el carácter de bases del régimen estatutario, “dictadas al amparo del artículo 149.1.18 a de la Constitución, y en consecuencia aplicables al personal de todas las Administraciones públicas,...”; sin embargo, aunque se mantiene en vigor parcialmente la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (Texto articulado aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero) la LRFP no contiene especificación alguna que permita reconocer el carácter de básico de los preceptos que quedan vigentes de la LFC de 1964; pese a lo cual, es lo cierto, se impone atribuir carácter básico para el régimen estatutario a la regulación de aspectos tan capitales como la definición de funcionario público (art. 1°); la clasificación de éstos (art. 3.4 y 5.2); las condiciones para la adquisición y pérdida de la condición funcional (arts. 36, 37 y 38); etc.<sup>17</sup>. También en otras leyes se pueden identificar materias reguladas que revisten el carácter de bases para el régimen estatutario: así, la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades, con las limitaciones que se declaran en su disposición final primera; por lo demás, tiene incuestionablemente carácter básico, la regulación contenida en la Ley 9/1987 (LOR), y más recientemente, en sus aspectos fundamentales, la Ley 31/1995, de prevención de riesgos profesionales.

El Tribunal Constitucional ha establecido a través de sucesivas sentencias importantes determinaciones sobre las normas básicas del estatuto funcional en lo que respecta a las vertientes individual y colectiva de la situación del empleo público. Por lo que se refiere a la relación de servicios que vincula al funcionario con la Administración, ha reafirmado el carácter de situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente, que aquella reviste, considerando parte de dicho estatuto la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, las condiciones de promoción en la carrera administrativa, las situaciones que en ésta pueden darse, los derechos y deberes y la responsabilidad de los funcionarios, etc.<sup>18</sup>.

(17) Palomar Olmeda, A.: *Derecho de la función pública*, cit., págs. 159-191.

(18) STC. 99/1987, de 11 de junio y Sentencia 129/1987, de 16 de julio.

Entre estas bases del régimen estatutario de los funcionarios se incluyen también las previsiones sobre las retribuciones que sean comunes a las de las distintas Administraciones públicas, extremo sobre el cual el artículo 24 de la LRFP solo establece la igualdad de las cuantías de las retribuciones básicas, pero no así de las complementarias. Tal calificación del carácter básico no se puede confundir con las medidas coyunturales que el Estado adopte en un momento determinado a la vista de la situación económica general del país, aunque tales medidas limitativas deban observarse por la negociación colectiva en el ámbito de las Comunidades Autónomas<sup>19</sup>.

El Tribunal Constitucional ha planteado (STC 140/1990, de 20 de septiembre) una distinción entre lo “básico” y lo “esencial” en la función pública, que puede tener una proyección mayor que la de marcar las diferencias con respecto al título competencia de las Comunidades Autónomas. En efecto, si lo esencial lo constituyen

(19) Gómez Caballero, P.: *Los despidos colectivos de los funcionarios*, cit., pág. 34. No obstante, la STC 63/1986, de 21 de mayo, reconoce que cualquiera que sea la extensión otorgada al concepto de régimen estatutario “no puede incluirse en él una simple medida coyuntural y de eficacia limitada en el tiempo que, aunque produzca un efecto directo sobre la cuantificación de los derechos económicos de los funcionarios, tiene un fundamento y una finalidad extraños a la relación de servicio, en cuanto constituye una medida económica general de carácter presupuestario dirigida a contener la expansión relativa a uno de los componentes esenciales del gasto público”. Ahora bien, como continúa argumentando la propia sentencia, “esta cláusula general no permite la adopción de cualquier medida limitativa de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas sino, en todo caso, de aquellas medidas que tengan una relación directa con los mencionados objetivos de política económica dirigidos a la consecución y mantenimiento de la estabilidad y del equilibrio económicos. En tal sentido no resulta injustificado que, en razón de una política de contención de la inflación a través de la reducción del gasto público, y de prioridad de las inversiones públicas frente a los gastos consecutivos, se establezcan por el Estado topes máximos globales al incremento de la masa retributiva de los empleados públicos...”. Tal justificación, desde la perspectiva de los objetivos de la política económica general, no se puede extender sin embargo a una predeterminación por el Estado de forma unilateral de “los incrementos máximos de las cuantías de las retribuciones de cada funcionario dependiente de las Comunidades Autónomas, individualmente considerado, desplazando así la competencia económica para regularlas en sus presupuestos”. No obstante, respecto de las corporaciones locales se reconoce el carácter de base en el régimen estatutario a la apreciación por el Estado de los límites máximos y mínimos de las retribuciones complementarias de los funcionarios de estas Administraciones (STC 96/1990, de 24 de mayo, FJ n° 10).

“aquellas situaciones jurídicas caracterizadoras del propio modelo del régimen estatutario de los funcionarios, que conforman la sustancia misma de ese régimen y sin las cuales no sería reconocible...”<sup>20</sup>, y si se puede afirmar, a partir de esta delimitación de los aspectos que se incluyen en el contenido esencial del régimen estatutario funcional, “que no todo lo básico es esencial, pero sí todo lo esencial es básico”<sup>21</sup>, es preciso abordar una compleja tarea de delimitación del estatuto funcional que vaya más allá de lo que constituyen competencias propias sobre la materia de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales.

En la mencionada STC 140/1990 se considera que el derecho a la representación colectiva, que permite representar y defender los intereses profesionales de los funcionarios ante las Administraciones públicas, es un aspecto básico porque tiene carácter esencial para el estatuto de los funcionarios públicos. Sin embargo, el carácter esencial de tales órganos no se puede deducir de que sean una expresión de la libertad sindical, ya que no pueden considerarse desarrollo de aquella ni expresan una peculiaridad del ejercicio de tal derecho en la función pública<sup>22</sup>.

Ahora bien, tal distinción entre lo básico y lo esencial, atribuyendo a las materias que constituyan este núcleo de lo esencial una imperatividad absoluta, para que, con tal carácter, se incorporen a las bases del estatuto funcional que se debe elaborar en cumplimiento de los artículos 103.3 y 149.1.18 de la CE, también suministra una directriz general para incorporar determinaciones importantes en el régimen estatutario funcional que no están necesariamente conectadas a la forma del vínculo utilizado para incorporarse el personal de la Administración. Se trata, además, de una vía que permite justificar la existencia de limitaciones y obligaciones especiales derivadas de la función ejercitada para los puestos que las desempeñan y que se proyectan sobre el régimen jurídico de la prestación de los servicios profesionales por los empleados públicos, tanto en su vertiente individual como colectiva.

(20) S. TC. 140/1990, FJ 4º Sobre esta sentencia, Casas Baamonde, M. E.: “Representaciones unitarias de funcionarios públicos, competencias autonómicas y derechos históricos forales; algunas determinaciones básicas y no básicas de la Ley 9/1987, de 12 de junio”, *REDT*, nº 48 (1991), págs. 641-650.

(21) Gómez Caballero, P.: *Los derechos colectivos de los funcionarios*, cit., pág. 33.

(22) STC. 165/1986 de 18 de diciembre; FJ, 3º.

La piedra de toque o principio axial para la delimitación del estatuto funcional y, en definitiva, para la opción por un régimen peculiar presidido por una caracterización pública del empleo, distinto del régimen laboral, parece que se debe situar en la función desempeñada. La función pública sometida a un régimen diferenciado y, en su caso, reservado su desempeño a funcionarios públicos, debe partir bien de una determinación de funciones que solo pueden desempeñar funcionarios (ejercicio de autoridad, fe pública, asesoramiento legal preceptivo..., como contiene la Ley 7/1985, art. 92.2, reguladora de las Bases del Régimen Local) o también del acompañamiento de otros criterios razonables y objetivos que no desvirtúen la primacía del criterio funcional<sup>23</sup>, que tiene carácter primario y fundamental.

Partiendo de este planteamiento, recientemente se ha propuesto<sup>24</sup> el siguiente esquema en punto a identificar las funciones reservables a funcionarios o sometidas al régimen estatutario: existe un núcleo duro al que se impone reconocer un *status* funcional, por desarrollar quien las actúa “funciones de soberanía con independencia de la forma de organización” que adopte el órgano o entidad que las ejercite, y que son las actividades relativas a la seguridad, policía, defensa y orden público, también entendida en un sentido económico; un segundo nivel está constituido por el “reconocimiento de un *status* funcional o laboral según la forma organizativa que adopte la Administración”, en el cual puede haber puestos que impliquen una participación, directa o indirecta, en el ejercicio de funciones de autoridad y que tengan por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado u otras Administraciones públicas; por último, el espacio propio para el reconocimiento de un *status* laboral común son las actividades a cargo de las Administraciones que no impliquen el desarrollo de funciones soberanas, tales como la investigación, la enseñanza, la sanidad, el servicio de correos,... etc.

(23) Así, en concreto, los incluidos en el apartado 1. c) del artículo 15 de la LRFP, tras las modificaciones de la Ley 23/1988 y Ley 42/1994: “la naturaleza” de los puestos (no permanentes o que atiendan necesidades de carácter periódico y discontinuo); “puestos de carácter instrumental” de determinadas áreas profesionales, a las que se han añadido recientemente las de “apoyo administrativo; más determinadas actividades en las que, en principio, cabe la concurrencia con organizaciones empleadoras no públicas (protección civil y comunicación social, áreas de expresión artística, servicios sociales y protección de menores).

(24) Montoro Chiner, M.J.: “Para la reforma del empleo público: nueve proposiciones”, cit. pág. 189.

Ciertamente, esta propuesta coincide en su primer nivel con la aplicación de la cláusula de reserva de los Estados miembros de la CE para excluir de la libre circulación de trabajadores los empleos en la Administración Pública (art. 48.4 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea), a tenor de la jurisprudencia interpretativa sentada por el TJCE<sup>25</sup>. Pero se puede registrar que se han unido los dos primeros niveles en la más restrictiva interpretación de esta doctrina que ha hecho la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, reguladora del acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad Europea.

La Ley 17/1993 hay que considerarla norma básica, y constituye un límite, por tanto, para la legislación funcionarial de todas las Administraciones Públicas; también, por consiguiente, de las leyes autonómicas que recojan limitaciones en punto a la libre circulación de trabajadores europeos para poder trabajar en España.

Sin embargo, las consecuencias que se siguen de tal disposición legal son mucho más amplias, ya que, de una forma indirecta, se ha fijado un aspecto "esencial" del concepto de función pública que, como tal, se incorpora a las bases del régimen estatutario. Y, por añadidura, se fijan también algunas otras connotaciones adicionales, en esta larga marcha hasta la definición de un régimen estatutario de la función pública. También se pone de manifiesto que tal régimen, en todos los casos, impone la vinculación a la Administración a través de un vínculo estatutario; esto es, se puede registrar la existencia de un espacio en el que las connotaciones sustantivas principales son las que impone el régimen administrativo aplicable a ciertos puestos de trabajo y lo accidental la forma de vinculación del empleado con la Administración empleadora.

(25) Monereo Pérez, J.L.-Vida Soria, J.: *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991, págs. 17-48. También, Monereo Pérez, J.L.: "La libre circulación de trabajadores en las Administraciones Públicas en los países comunitarios (A propósito del Proyecto de Ley sobre acceso a determinados sectores de la Función pública de los nacionales en los demás Estados miembros de la Comunidad Económica Europea)", *RL*, 1994, I, págs. 438-478; especialmente, págs. 469-473.

La Ley 17/1993 opera para la aplicación de la cláusula de reserva de nacionalidad con criterios contradictorios, lo que tiene una relativa importancia ya que, según el artículo 164 del Tratado, solo el TJCE tiene competencia para interpretar las disposiciones del Derecho Comunitario. Sin embargo, la regulación contenida en aquella Ley tiene carácter básico para todas las Administraciones públicas, correspondiendo a cada una de estas en el ámbito de sus correspondientes competencias la determinación de los puestos “que quedan reservados a funcionarios de nacionalidad española”. Así, si bien se establece, de una parte, que los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad podrán acceder a unos “sectores” de la función pública (investigación, docencia, correos...), finalizando la enumeración con una cláusula de cierre que remite al Derecho Comunitario sobre la libre circulación de trabajadores, de otra, se establece una reserva a los funcionarios con nacionalidad española cuando los puestos de trabajo de los sectores a que hace referencia el apartado 1º del artículo 1º de la Ley “impliquen el ejercicio de potestades públicas o la responsabilidad en la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones públicas”. Ciertamente, este concepto de funcionario público es más amplio que el que contiene el artículo 24.2 del Código Penal de 1995. Y otro tanto puede decirse en relación con la interpretación de la reserva de nacionalidad del artículo 48.4 del TCE por una jurisprudencia del TJCE. A tenor de tal jurisprudencia, se interpreta la excepción de forma restrictiva limitando el alcance a las actividades que “comporten una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de otras colectividades públicas”<sup>26</sup>. Pero la cláusula general de exclusión que incluye la Ley 17/1993 no solo repara en el ejercicio de funciones públicas sino que también contempla como alternativa, aquellos puestos de trabajo que suponen el ejercicio de una responsabilidad en la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones públicas; esto es, conceptos que aparecen unidos en la jurisprudencia comunitaria, así como en la respuesta del Consejo de las Comunidades Europeas de 25 de enero de 1993, aparecen en la legislación española como situaciones diferentes que pueden determinar, cualquiera de ellas, la aplicación de la norma excluyente del derecho a la libre circulación de trabajadores.

(26) S. TJCE de 17 de diciembre de 1980, Caso 149/79, Comisión Vs. Bélgica, Cdo, 10º).



Sin embargo más allá de la aplicación de la Ley 17/1993 para adaptar nuestro ordenamiento interno al Derecho comunitario, hay que reparar en los efectos que comporta su aplicación para delimitar el contenido del régimen estatutario funcionarial. Hay dos efectos que tienen una proyección capital: en primer lugar, la aplicación del derecho comunitario a la libre circulación deja de manifiesto que en el Derecho español existen sectores de actividad y puestos de trabajo cubiertos por personal funcionario que mantiene con las Administraciones públicas una relación estatutaria por aplicación de la cláusula general contenida en el artículo 1S (letra c, nº 1), parte del desarrollo del artículo 103.3 de la CE, pero que se trata de funciones a las que, en muchos casos, pueden acceder nacionales de los países miembros de la Comunidad Económica y constituyen, en consecuencia, situaciones de empleo de carácter administrativo que tienen tal carácter en virtud de la opción constitucional en favor del vínculo funcionarial para la prestación de trabajo a las Administraciones públicas; en segundo término, que con los elementos que nos suministra la Ley 17/1993 ha tenido lugar la elaboración legislativa de un concepto de funcionario público que no sólo es aplicable a efectos de la libre circulación de los trabajadores de la CEE, sino también en nuestro derecho interno a todas las Administraciones públicas, al revestir tal disposición legal el carácter de regulación básica, si bien de una forma oblicua.

En efecto, el concepto de funcionario público contenido en el no 3 del artículo 1º de la Ley 17/1973 es, de una parte, un concepto común para todas las Administraciones públicas, correspondiendo a cada una de estas la determinación concreta de los puestos de trabajo que incluyen como cometidos propios el ejercicio de potestades públicas con la responsabilidad en la salvaguardia de los intereses del Estado o de otras Administraciones; de otra, hay que precisar que al exigir el legislador español que sean reservados a funcionarios con nacionalidad española los puestos de trabajo de referencia, no sólo se está restringiendo el ámbito de los puestos laboralizables por aplicación de un criterio estrictamente funcional, sino que además se está definiendo un concepto de funcionario que ha de ser respetado por todas las Administraciones públicas españolas en la provisión de los puestos de trabajo cuando tenga lugar el desempeño de tales funciones. Lo que equivale a afirmar la existencia de un mandato positivo, para todas las Administraciones públicas españolas, de proceder a la provisión de los puestos de trabajo de

referencia exclusivamente con personal funcionario de nacionalidad española.

Por todo lo expuesto, la técnica utilizada para concretar los puestos de trabajo que quedan reservados a funcionarios de nacionalidad española, al tiempo que se definen los sectores y puestos que pueden ocupar los trabajadores pertenecientes a los países comunitarios, constituye una “autovinculación para rectificar en el futuro y corregir la laboralización existente”<sup>27</sup>, que aún acusa una dosis elevada de desorden y de cierta irracionalidad. Por ello, parece ahora más urgente, si cabe, proceder a la delimitación jurídica de un estricto concepto de funcionario que respete la garantía institucional para la función pública atendiendo al criterio de las funciones a desempeñar, sin perjuicio de que pueda situarse a su lado otro concepto de funcionario común, y que la aplicación del régimen estatutario a unos y otros llegue a especificar o, incluso, a limitar, las instituciones del derecho individual y colectivo del trabajo atendiendo a la especial relación de solidaridad con respecto al Estado o a las Administraciones públicas por el contenido de su prestación de servicios.

#### IV. LA LIBERTAD SINDICAL DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS: ¿UN DERECHO FUNDAMENTAL DIFERENCIADO O DIFERENTE? LA HUELGA DE LOS FUNCIONARIOS.

Nuestra Constitución menciona por dos veces la regulación por Ley de las peculiaridades del ejercicio del derecho de sindicación de los funcionarios públicos (art. 28.1 y 103.3). Estas peculiaridades en la regulación legal presente son, sin embargo, bien poca cosa, porque la Ley orgánica 11/1985, de Libertad Sindical dio “un tratamiento unificado en su articulado al contenido esencial del derecho de libre sindicación de trabajadores y funcionarios”, según interpretación del Legislador en la Exposición de Motivos de la Ley 9/1987. Por supuesto, tal interpretación sólo es, aunque la haga una Ley, cierta en parte, como lo ha venido a demostrar la jurisprudencia posterior del Tribunal Constitucional y, también, la jurisprudencia ordinaria: las peculiaridades del derecho de sindicación de los funcionarios no están en la LOLS, pero el contenido esencial de tal derecho se extiende en igual medida a la función pública y al sector laboral.

(27) Montoro Chiner, M.J.: “Para la reforma del empleo público: nueve proposiciones”, cit., pág. 191.

Por lo que a las peculiaridades se refiere, la LOLS no ha querido establecerlas o lo ha hecho, tal vez, en mínima medida<sup>28</sup>, no pudiéndose, en cualquier caso, considerar revistan tal carácter las que se refieren a las representaciones unitarias, por la sencilla razón de que la configuración de tales instituciones “no constituyen desarrollo legislativo de la libertad sindical<sup>29</sup>, ni para los trabajadores ni para los funcionarios. Con ello se quiere decir que no se ha cumplido el mandato constitucional por la Ley, y que las razones de fondo que llevaron a la Constitución a ordenar que la Ley regularía las “peculiaridades” de su ejercicio, no han desaparecido. Aún más, aunque se quiera evitar la identificación de las peculiaridades con verdaderos límites o excepciones, y se prefiera utilizar términos como “modulaciones” o similares para referirse a ellas<sup>30</sup>, lo cierto es que hay razones, y razones sólidas, en la realidad a regular y en la propia Constitución que obligan a reparar en ellas, pese a la ausencia de una regulación legal específica.

En efecto, aunque los funcionarios públicos tengan “intereses similares en su relación de empleo (remuneraciones, condiciones de trabajo, carrera profesional, etc.) a los de los trabajadores del sector privado, el destinatario final de esos intereses, convertidos en reivindicaciones, es la comunidad, el conjunto de contribuyentes”<sup>31</sup>, lo que no puede dejar de tener su reflejo en la existencia de condicionamientos que afectan principalmente a la acción sindical y, de forma decisiva, a la negociación colectiva y al ejercicio del derecho de huelga. Además, y respecto de los funcionarios que tienen una participación en el poder público, no se puede soslayar que se encuentran en una posición de jerarquía y que les afecta “una relación especial de solidaridad<sup>32</sup>, utilizando un referente al que apelaba nuestro Tribunal Constitucional para justificar la imposición de topes imperativos al crecimiento de la masa salarial en el sector público.

(28) Vid. las que recoge como tales Casas Baamonde, M.E.: “Los derechos de representación unitaria en la función pública”, *RL*, 1986, II, págs. 304-309.

(29) STC 165/1986, FJ 3º; también, STC 102/1988, de 8 de junio, FFJJ, 4º y 5º, y STC 158/1988, de 15 de septiembre.

(30) Ampliamente recoge estas distinciones Gómez Caballero, P.: *Los derechos colectivos de los funcionarios*, cit., págs. 38-39 y bibliografía citada.

(31) García Fernández, M.: “Representatividad sindical y negociación colectiva en el sector público”, *AL*, 1988, nº 42, págs. 2462-2463.

(32) La expresión del texto procede de la respuesta de 25 de enero de 1993 del Consejo de las Comunidades a una pregunta sobre la libre circulación de los trabajadores en la Administración Pública. Cfr. García de Enterría, E-Escalante, J.A.: *Código de la Función Pública (Régimen General)*, Madrid, Civitas, 1995, pág. 238.

Pero es que, además, hay serios argumentos hoy en la jurisprudencia constitucional para no extender el contenido esencial de la libertad sindical de los trabajadores a la libertad de sindicación reconocida a los funcionarios. En concreto, los “derechos de actividad de los sindicatos”, que conecta el artículo 28.1 con el derecho de huelga, el de negociación colectiva y el de adoptar medidas de conflicto colectivo (arts. 28.2 y 37, 1 y 2), no se pueden identificar en el reconocimiento del derecho de libertad sindical a los funcionarios públicos como parte del contenido esencial de la libertad sindical o de su “núcleo duro e indisponible”<sup>33</sup>. Reparando en el derecho a la negociación colectiva ffuncionarial, de la STC 57/1982, de 27 de julio, se ha podido decir<sup>34</sup> que llevó la exclusión demasiado lejos por la identificación de la negociación colectiva con el convenio colectivo del sector laboral. Sin embargo, parte del “contenido esencial” de la negociación colectiva laboral reconocida en el artículo 37.1 CE es la fuerza vinculante directa del acuerdo entre las representaciones pactantes, lo que no cabe siempre en el ámbito funcionarial. Por ello, y por cuanto más adelante se expresa, continúa teniendo plena actualidad, como expresaba la STC 57/1982, que “del derecho de sindicación de los funcionarios públicos no deriva como consecuencia necesaria la negociación colectiva, y menos todavía con efectos vinculantes, porque no existe un racional nexo causal que conduzca con exclusividad a aquellas consecuencias..., haciendo perder la supremacía a la Administración con graves consecuencias...”.

La vinculación entre la libertad sindical de los funcionarios y su derecho a la negociación colectiva no es, sin embargo, un problema que para la jurisprudencia ordinaria esté resuelto definitivamente, como queda de manifiesto en la STS (Sala 3ª, Sección 7ª) de 11 de julio de 1994<sup>35</sup>, pese al reconocimiento legal de tal derecho por la Ley 7/1990, de 19 de julio, que modificó la LOR: aunque se haya reconocido el derecho en el plano de la mera legalidad, la consecuencia es que lo concerniente a la dinámica del ejercicio de ese

(33) Cfr. Durán López, F.: *Jurisprudencia Constitucional y Derecho del Trabajo* Madrid, MTSS, 1992, págs. 128-138.

(34) Durán López, F.: *Jurisprudencia Constitucional*., cit., págs. 222-224.

(35) Vid. en *AL*, 1995, nº 5 (enero-febrero-, págs. 337-345, con nota del ponente de la sentencia.

derecho o a las vulneraciones del mismo no afecta al derecho fundamental de libertad sindical, justamente por tratarse de una materia de legalidad ordinaria, ya que no existiría, según la STS citada, “en sede constitucional, ni en el bloque de la constitucionalidad, un derecho a la negociación colectiva en el ámbito de la Administración Pública”.

Los razonamientos de esta reciente decisión del TS son vulnerables por varios flancos<sup>36</sup>. Sólo me parece de interés reparar en este momento en uno: cabe afirmar que, pese a que la negociación colectiva no forma parte del “contenido esencial” de la libertad sindical de los funcionarios, sí forma parte de su “contenido adicional” en la medida en que son creación de la Ley y se deben ejercitar en el marco de su regulación legal<sup>37</sup>. Sin que se pueda excluir la atribución de un verdadero derecho a la negociación colectiva funcional a los sindicatos porque se configuren por la Ley unas “mesas de negociación” (y no unas comisiones negociadoras), ya que, en primer lugar, tales mesas sólo son unas unidades negociadoras tipificadas legalmente, a las cuales se confiere en exclusiva la función negociadora, pero no son las titulares del derecho; en segundo término, de los términos legales en punto al reconocimiento del derecho a la negociación colectiva a los sindicatos y a las representaciones de los empleadores públicos se sigue con claridad que la atribución de la función negociadora afecta directamente a los sindicatos: “La negociación colectiva y la participación en la determinación en las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos - expresa el artículo 30 de la LOR, en la nueva redacción de la Ley 7/1990- se efectuará mediante la capacidad representativa reconocida a las organizaciones Sindicales en los artículos 6.3.c); 7.1 y 7.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical y lo previsto en este capítulo”.

No obstante, el sentido del fallo es expresivo de que aun se está haciendo camino al andar y que, al menos en lo que afecta a la tutela judicial y constitucional, estamos lejos de poder afirmar que la protección de la acción sindical en la negociación colectiva funcional esté al mismo nivel que en el sector laboral. En definitiva,

(36) Un comentario a esta sentencia de Manzana Laguarda, R.: “Negociación colectiva en el ámbito de la función pública (Pese a la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1994)”, *Revista General del Derecho*, nº 606 (1995), págs. 1667-1684.

(37) Sobre el “contenido adicional, de la libertad sindical, vid., por todos, Durán López, F.: *Jurisprudencia Constitucional y Derecho del Trabajo*, cit., págs. 134-138.

sucede que la interpretación de las normas ordinarias que integran y configuran el “contenido adicional” corresponde a los Tribunales ordinarios, y el control constitucional es puramente negativo, esto es, sobre si tal interpretación se puede considerar contraria al artículo 28.1, CE.

La equiparación de los funcionarios a los trabajadores a partir del reconocimiento de una misma libertad sindical, presenta también nuevas diferencias en lo que afecta al derecho de huelga. El reconocimiento constitucional del derecho de huelga se delimita subjetivamente a “los trabajadores para la defensa de sus derechos” (art. 28.2 CE). La STC 11/1981, de 8 de abril, no afrontó la huelga de funcionarios directamente; pero precisó que el término “trabajadores” comprendía a los trabajadores por cuenta ajena o asalariados, y no a los trabajadores independientes. Sin embargo, nada aclaraba sobre el “eventual derecho de huelga de los funcionarios públicos”, porque no estaba regulado en el Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, que era la disposición legal cuya constitucionalidad cuestionaba el recurso. En sentencias posteriores, en concreto en la STC 90/1984, de 5 de octubre, y en la STC 99/1987, de 11 de junio, no hay clarificación alguna sobre si el derecho de huelga está incluido en el artículo 28.2 de la Constitución. La doctrina científica, por su parte, ha tratado de suplir esta aparente indiferencia que, en cualquier caso, es indefinición del Tribunal Constitucional, calificando algún autor su postura de “esquiva, a la vez que ambigua”<sup>38</sup> situando el fundamento constitucional de la huelga de funcionarios bien en la libertad sindical (28.1. CE), en el reconocimiento de aquel derecho fundamental a los trabajadores (art. 28.2 CE) o en uno y otro al tiempo<sup>39</sup>.

La vinculación de la huelga de los funcionarios con la regulación constitucional de los derechos sindical y/o de huelga de los trabajadores es hoy, por lo menos, incierta y problemática, porque el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado, como se expresaba, y la interpretación que haga el legislador -como la ha hecho, en efecto, en la LOLS, incluyendo el ejercicio del derecho de huelga

(38) Palomeque López, M.C.: *Derecho Sindical Español*, 5ª edic., Madrid. Tecnos, pág. 303.

(39) Sobre el tema, Martín Valverde, A.: “Los límites del derecho de huelga en la Administración Pública”, *REDC*, nº 18 (1986), págs. 25 y ss.

como parte del contenido esencial de la libertad sindical (art. 2.2.d) no puede extender el carácter cualificado de fundamental a un derecho que la Constitución reconoce a los trabajadores exclusivamente y no a los funcionarios, aunque el legislador juegue a tal fin con un doble concepto de trabajador, según se trate de regular el contrato de trabajo o el régimen de la libertad y acción sindicales (arts. 1º TRET y 1º, 2, LOLS), y haya llevado a cabo el reconocimiento del derecho de huelga de los funcionarios en “una humilde y perdida disposición adicional 2ª de la LRFP<sup>40</sup>.”

En cualquier caso, el derecho de huelga está hoy reconocido por la Ley en la función pública, salvo a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 6.8 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo) y a los miembros de las Fuerzas Armadas y de las Carreras Judicial y Fiscal (arts. 28.1 y 127.1 CE, y 1.3 y 4, y 2.2.d de la LOLS), si bien en estos últimos casos la privación de la huelga se sigue de la exclusión constitucional y legal del derecho de sindicación, y no porque exista una Ley que expresamente les prive de tal medio de autodefensa. Que sea la Ley la que atribuya el derecho de huelga a los funcionarios sin un previo reconocimiento constitucional, tiene consecuencias importantes para introducir en su régimen de ejercicio diferencias que pueden ir más allá de una mera modalización: el derecho de huelga es, en tal caso, de pura y simple configuración legal, sin que el Legislador precise contar con el condicionamiento del respeto a su contenido esencial, lo que permite introducir un distinto régimen y nuevos límites respecto de las huelgas del sector laboral; de otra parte, no es la precisa ley orgánica para su regulación, estando justificado que ésta se lleve a cabo en una disposición legal distinta que no exigiría para su aprobación y modificación de las condiciones previstas en la Constitución para las leyes orgánicas.

La inexistencia en el presente de una regulación propia para el derecho de huelga de los funcionarios ha supuesto la aplicación a estos del mismo régimen legal vigente para las huelgas del sector laboral. Con ello, en la práctica se han aplicado los criterios de calificación laborales a las huelgas de funcionarios y -lo que resulta más problemático, por carecer de toda base constitucional y legal- se ha diluido la huelga de los funcionarios que prestan servicios públicos de incuestionable necesidad en un concepto más amplio, como lo es, sin duda, el de las huelgas que afectan a los servicios esenciales.

(40) Alonso olea, M: , 'Sobre el caducado Proyecto de Ley de huelga', *REDT*, no 59 (1993), págs. 341-342.

En síntesis, cabe decir que el contenido esencial del derecho de libertad sindical en el sector laboral y en el de funcionarios acusa en el presente la carencia de la regulación legal imperada por los artículos 28.1 y 103.3, CE. Este vacío de regulación está en el origen de los problemas aplicativos que se plantean en la realidad cotidiana, no alcanzando la jurisprudencia constitucional ni la ordinaria a suplir la falta de una regulación precisa que marque las diferencias en el régimen de ejercicio de los derechos, aunque sí en lo que afecta a la tutela jurisdiccional. Ciertamente, se ha avanzado en la regulación de un régimen de negociación colectiva para los funcionarios públicos que, como se verá, guarda importantes diferencias respecto de la regulación de los convenios colectivos y pactos de empresa en el Estatuto de los Trabajadores. Pero el vacío legal se acusa de forma más acentuada en lo que respecta al ejercicio de la huelga, como ya se ha expresado, ámbito en el cual la equiparación entre el sector laboral y el funcional, propiciado por la LOLS, no se coherente con la regulación constitucional de este derecho fundamental<sup>41</sup>.

#### V. LOS LIMITES DE LA NEGOCIACION COLECTIVA FUNCIONARIAL

Los problemas relativos a las relaciones entre el reconocimiento constitucional del derecho de sindicación de los funcionarios, la Ley y la negociación colectiva son en el ámbito de la función pública de los más complejos y necesitados de clarificación hasta el momento. Y ello es así porque resulta difícil soldar una jurisprudencia constitucional según la cual del derecho de sindicación de los funcionarios públicos no se deriva como consecuencia el reconocimiento a una negociación colectiva de eficacia vinculante, con la atribución legal del derecho a los funcionarios por la LOR de 1987, pese a la nueva redacción de la mayoría de los preceptos de esta última relativos a la negociación colectiva por la Ley 7/1990, de 19 de julio.

(41) Al tema me refería en "La huelga en los servicios esenciales: complejidad del supuesto y opciones legislativas", en *RFDUM*, nº 17 (1993). Monográfico sobre el Derecho de huelga (Seminario Hispano-Alemán), págs. 207-221.



Por lo demás, hay que poner de manifiesto, de otra parte, que las materias propias de la negociación colectiva en el sector funcional no pueden sobrepasar las competencias ejecutivas reconocidas a las Administraciones que, en cada caso, negocian como empleadoras, tanto si se trata de Pactos como de Acuerdos. Tal conclusión se sigue de que los primeros han de tratar “sobre materias que se correspondan estrictamente con el ámbito competencial del órgano administrativo que suscribe los Pactos” (art. 35, párrafo 1º); y otro tanto también precisa la Ley respecto de los Acuerdos, sólo que las materias a negociar son en estos casos de la competencia del Consejo de Ministros, de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas o de los órganos correspondientes de las entidades laborales (art. 35 párrafo 2º). otra diferencia entre los Acuerdos y los Pactos reside, sin embargo, en que los primeros tienen fuerza vinculante directa entre las partes tras su estipulación, mientras que los segundos necesitan de “la aprobación expresa y formal de los órganos competentes por las materias negociadas en sus ámbitos respectivos” (art. 35, párrafo 2º). Esta regulación se diferencia claramente de la establecida en el artículo 90 del TRET, sobre todo en lo que afecta a los Acuerdos, porque respecto de éstos se puede afirmar que la negociación es, pura y simplemente, una fase en la procedimentalización de un acto administrativo que se elabora con la participación de las representaciones sindicales de los funcionarios.

De otra parte, el fracaso de las negociaciones entre las partes conduce en la negociación colectiva funcional a que los órganos de gobierno de las Administraciones públicas competentes en sus respectivos ámbitos establezcan las condiciones de trabajo de forma unilateral, solución también prevista para cuando no se alcance la aprobación expresa y formal que es precisa para la validez y eficacia de los Acuerdos. Esta recuperación de lo que eran las “normas de obligado cumplimiento” en la negociación colectiva preconstitucional, para suplir la imposibilidad de acuerdo o de aprobación de los instrumentos reguladores de condiciones de trabajo y empleo del sector público funcional, no puede por menos que valorarse como un límite al derecho a su negociación colectiva, que tendría el carácter de verdadera lesión de un derecho fundamental si se tratara de la misma “negociación colectiva laboral” garantizada como derecho constitucional (art. 37.1 CE). Lo que constituye una prue-

ba de que no tiene este último carácter, aunque la reforma de la Ley 7/1990, de 19 de julio, pretendiera reconocer por vía legal un derecho a la negociación colectiva paralelo al del sector laboral, ya que no idéntico por su régimen.

La LOR incluye para determinar las materias objeto de negociación por las Administraciones públicas en su ámbito respectivo, y en relación con las competencias de aquellas, una cláusula de cierre que tiene un extraño tenor, porque hace referencia a las materias que afecten, de algún modo, “al acceso a la Función Pública, carrera administrativa, retribuciones... o a las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos y cuya regulación exija normas con rango de Ley”. Pues bien, pese a tal vocación maximalista en el marco estatutario funcionarial, es obvio que la negociación colectiva no puede invadir la reserva de Ley, por lo que la negociación relativa a materias afectadas por tal reserva no se puede directamente regular por la partes en Pactos o Acuerdos. Por ello, si existiera una negociación previa de contenidos cuya regulación exija forma de Ley, ésta sólo vincularía al órgano administrativo que sea parte en aquella a presentar un proyecto de Ley<sup>42</sup>, tratándose, por tanto, de una mera negociación de carácter político que no puede limitar la soberanía de la Cámara legislativa.

Con esta salvedad anterior, se puede afirmar que las reglas que determinan las relaciones entre Pactos y Acuerdos negociables en la función pública y la Ley son una transposición de las que rigen las relaciones entre la Ley y el Reglamento: a saber, la reserva de Ley (art. 28.1 y art. 103.3, CE), la observancia del principio de legalidad (art. 9.3 y art. 103.1, CE) y el propio régimen estatutario funcionarial (art. 103.3 y art. 149.1.18, CE)<sup>43</sup>. Por ello, a fin de cuentas, los Pactos y Acuerdos en el ámbito de la Función Pública tienen un espacio negocial que no está definido en la LOR, sino en las leyes que regulan la Función pública, tanto de las que se proyectan sobre esta última con carácter básico como de las disposiciones legales establecidas por el Estado y las Comunidades Autónomas en sus respectivos ámbitos competenciales.

(42) Gómez Caballero, P.: *Los derechos colectivos de los funcionarios*, cit., pág 309.

(43) Sala Franco, T.-Roqueta Buj, R.: *Los derechos sindicales de los funcionarios* Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pág. 264; Gómez Caballero, P.: *Los derechos colectivos de los funcionarios*, cit., págs. 309-315.

(44) Sala Franco, T.-Roqueta Buj, R.: *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, cit., págs. 264-265.

Todo lo anterior permite afirmar que no hay un ámbito de materias reservadas a la negociación colectiva funcional, por lo que, pese a las determinaciones contenidas en las materias negociables en el artículo 32 de la LOR, los contenidos de la negociación colectiva funcional son coextensos con los de la potestad reglamentaria y con los ámbitos competenciales de los sujetos que negocian como empleadores públicos los Pactos y Acuerdos<sup>44</sup>. Esto significa, además, que la negociación colectiva de los funcionarios es un derecho de pura configuración legal, no pesando sobre aquella el respeto a un “contenido esencial” que se deba incluir en todo caso (art. 53.1, CE) la regulación legal; ni que en materias reservadas a la Ley, como ya se ha expresado, tengan reconocida fuerza vinculante los resultados de tal negociación, ni que en las materias que son objeto de Acuerdos la fuerza vinculante se genere antes de la aprobación expresa y formal del órgano ejecutivo competente. De otra parte, al no ser la negociación colectiva funcional una institución especialmente garantizada por la Constitución, ya que su íntegra regulación corresponde al Legislador, tampoco se puede entender que éste se vea limitado por el respeto de una “garantía institucional”, en virtud de la cual la regulación legal sólo pueda tener lugar adecuándola al “marco de referencia normal” para el derecho a la negociación colectiva o a la ‘imagen de la conciencia social, sobre tal institución<sup>45</sup>. Es esto, a mi entender, una conclusión que, aunque no esté expresada en los mismos términos en la STC 57/1982, de 27 de julio, si lo está implícitamente contenida a lo largo de su fundamentación.

Junto a la negociación colectiva, la LOR establece respecto de otras materias la obligación de “consultar”, con carácter preceptivo pero no vinculante, a las organizaciones sindicales que pueden intervenir en la negociación en las mesas generales y sectoriales.

(45) Sobre las garantías institucionales, recientemente, Gallego Anabitarte, A.: *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, E. Civitas, 1994, págs. 270-273, especialmente. Rodríguez Piñero, M.: “La negociación colectiva como derecho de libertad y como garantía institucional”, *RL*, 1992, I, págs. 47-54. El Convenio 151 de la OIT, de 27 de junio de 1978, sobre protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública (Instrumento de Ratificación de 22 de junio de 1984, BOE de 12 de diciembre) no impone un verdadero sistema de negociación colectiva a los Estados que ratifiquen el Convenio como única forma de cumplimiento, pudiendo aquellos optar también por “cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones”.

Esta consulta se extiende a todas aquellas “decisiones de las Administraciones que afecten a sus potestades de organización y que puedan tener una repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios”. Sin embargo, tal consulta es sólo un trámite obligatorio en el proceso de elaboración de disposiciones de carácter general, cuyo resultado no vincula al órgano administrativo que debe aprobar la disposición. No obstante, la exclusión de dicho trámite daría lugar a la nulidad de la disposición administrativa que se elaborase sin su concurso (arts. 129 y ss., LPA y arts. 67 y 83.1 de la LRJAP).

Los problemas de fondo que planean sobre el régimen estatutario funcional en relación con la negociación colectiva son, sin embargo, estos tres: de una parte, las relaciones entre la Ley y la negociación colectiva no se pueden definir de una forma nítida ni segura en tanto no se cumplan por el Legislador las previsiones constitucionales a que se refieren los artículos 103.3 y 149.1.18ª CE sobre las bases del régimen estatutario de los funcionarios de las Administraciones Públicas, regulación necesaria que está en la cima de toda la regulación legal sobre la materia<sup>46</sup>; en segundo lugar, las técnicas para relacionar la regulación del régimen funcional por la Ley con la negociación colectiva son las previstas en cada caso por las disposiciones legales, como en el sector laboral, si bien el imperio del principio de igualdad y la tutela de la objetividad y del interés general se proyectan con especial intensidad por el carácter público del empleador<sup>47</sup>; por último, las diferencias entre la “garantía institucional” de la negociación colectiva

(46) Como expresa Montoro Chiner, “... la negociación colectiva puede llegar a establecer mejoras respecto de las condiciones no reservadas a la Ley, pero no respecto de los ámbitos materiales no regulados por la Ley a los que la reserva alcanza. Así pues, la autonomía negociadora está sometida a la extensión y a la intensidad de la reserva de Ley siendo aquella menor en el caso del personal funcionario que en el del personal laboral”, *Para la reforma del empleo público: nueve proposiciones*, cit. pág. 186.

(47) Sobre estas técnicas, Palomeque López, M.C.: “El nuevo reparto funcional de territorios normativos entre la Ley y el convenio colectivo”, *RL* 1994, nº 17-18, págs. 247-248; Rodríguez Piñero, M.: “Principio de igualdad, autonomía contractual y poderes empresariales”, *RL*, 1991, II, págs. 28-33, comentando, en especial, la STC 128/1987, de 6 de julio. Por lo que se refiere a la exigencia de objetividad en la actuación de las Administraciones públicas, Nieto, A.: “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, en *Estudios sobre la Constitución Española (Homenaje a E. García de Enterría)*. Vol. III, Madrid, E. Civitas, 1991, págs. 2185-2253.

laboral a los trabajadores del sector público -aún contando con sus limitaciones- y la negociación colectiva de los funcionarios “impiden que este instrumento regulador se pueda aplicar en igual extensión material e instrumental en el sector funcionario y el laboral”<sup>48</sup>. Sobre esta última cuestión se vuelve más adelante.

La LOR no es, por lo demás, muy precisa en punto a excluir determinadas materias de la negociación colectiva. En efecto, el artículo 34.1 se refiere a ellas en términos que, literalmente, no se pueden entender con carácter absoluto, ya que la exclusión lo es sólo “de la obligatoriedad de la negociación”, lo que parece indicar que, sólo en la medida en que la Ley lo permita, también cabría negociar sobre ellas. Tales materias son: las que afectan a las potestades de organización de las Administraciones públicas, al ejercicio de los derechos de los ciudadanos ante los funcionarios y al procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativos. De tales materias, hay que señalar, que son ámbitos en los cuales la actividad de las Administraciones se ha de desarrollar normalmente conforme a la Ley y a través de la función ejecutiva. No obstante, cuando las potestades de organización se refieran a decisiones que “pueden tener repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos”, procederá, en cualquier caso, la consulta obligatoria a las organizaciones Sindicales y Sindicatos presentes en la Mesa General y en las Mesas Sectoriales de negociación.

Sin embargo, la negociación colectiva va invadiendo nuevos terrenos atribuidos a las potestades administrativas de organización, proceso que se acelera a partir de 1991 con el Acuerdo para modernizar la Administración Pública y mejorar las condiciones de trabajo, de 16 de noviembre<sup>49</sup>, y con la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, alcanzando nuevas cotas con el Acuerdo Administración- Sindicatos para el período 1995-1997, sobre las condiciones de trabajo en la Función pública, de 15 de septiembre de 1994<sup>50</sup>.

(48) Roqueta Buj, R.: “Las relaciones entre los sistemas de negociación colectiva laboral y funcional en la Administración Pública”, VI *Jornadas Universitarias Andaluzas de Relaciones Laborales*, Madrid, E. Trotta, 1 994, p. 146; Montoro Chiner, M.J.: *Para la reforma del empleo público...*, cit., pág. 197

(49) BOE de 2 de enero de 1992.

(50) Aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de septiembre de 1994 y publicado por Resolución de 1a Secretaría de Estado para la Administración Pública de 19 de septiembre, BOE de 20 de septiembre de 1994, y corrección de errores en BOE del día 23.

Una materia del mayor interés, y en la que ha resultado ampliada la negociación colectiva, es en relación con la oferta de empleo público, los planes de empleo y los sistemas y el diseño de los procesos de ingreso, promoción y provisión de puestos de trabajo, que según la nueva Disposición Adicional Séptima de la LRFP (modificada por la Ley 22/1993) serán objeto de negociación “en los términos de la Ley 9/1987”; esta nueva frontera de la negociación colectiva de funcionarios -y de la mayor importancia- la recoge en sus propios términos también el más reciente Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, relativo al Reglamento General de ingreso, provisión de puestos de trabajo y promoción profesional (Disposición Adicional séptima), y por añadidura ha sido objeto de recordatorio en el Acuerdo Administración-Sindicatos para 1995-97 (Capítulo XIII). Lo que sucede es, no obstante, que también en estas materias queda una zona gris que puede hacer incierta los términos de la negociación, ya que siempre se ha de respetar la potestad de organización de la Administración. En definitiva, las mencionadas materias son negociables, pero queda sin determinar en qué medida, lo que relativiza las posibilidades reales de una verdadera negociación.

#### VI. LA INCORPORACION DE LAS TECNICAS DE GESTION DE PERSONAL PRIVADAS AL SECTOR PUBLICO

Los cambios introducidos en el modelo español de función pública se iniciaron con la LRFP de 1984, modificada, por la Ley 23/1988, de 28 de julio, después de un período de indefinición del empleo público en la transición democrática, suponiendo aquella “el decantamiento definitivo hacia un modelo de función pública abierto, tan cercano al modelo norteamericano como alejado del que es propio de los países europeos”<sup>51</sup>. No obstante, la Ley 9/1987 (LOR) introdujo un sistema de representación y negociación colectiva que acusa la influencia directa del sistema italiano anterior a la reforma de 1992/93<sup>52</sup>.

(51) Parada Vázquez, J.R.: *Derecho Administrativo, II organización y Empleo Público*, cit., págs. 328-329.

(52) Vid. una crítica a esta reforma en Cassese, S.: “II sofisma della privatizzazione de pubblico impiego”, *Rivista italiana di diritto del Lavoro*, I, 1993, págs. 287 y ss.; el balance no puede ser más severo: “Le disposizioni sul pubblico impiego del 1992-1993 costituiscono un autentico pasticcio, condito di norma-promessa, di norma inapplicabili di norma bugiarle”, op. cit., pág. 317. otros puntos de vista en los estudios recogidos sobre, *La riforma del rapporto di lavoro pubblico* monográfico del *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, n° 59-60 (1993). Recientemente en la bibliografía española, Marina Jalvo, B.: “Sobre las últimas reformas talianas del empleo público”, *RAP* n.º 137 (1995), págs. 485- 509.

La laboralización del ordenamiento de la función pública en España ha discurrido en paralelo al aumento del volumen, en todas las Administraciones, del empleo laboral, a imitación del sistema alemán<sup>53</sup>. Para este personal se ha creado un régimen de negociación colectiva plenamente ajustado a la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1980, pero a través de sus propias unidades de negociación, ya sean de carácter centralizado en el caso de la Administración del Estado o descentralizados para las Administraciones territoriales<sup>54</sup>.

La Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales y de Reforma de la Función Pública y de la Protección por Desempleo, vino a añadir nuevas expresiones de laboralización a las ya contenidas en la LRFPP de 1984, a cuyo texto se han incorporado, aportando así, tal vez, anticipaciones o condicionamientos para el aplazado estatuto de la función pública. Es lo cierto, en cualquier caso, que la insuficiencia de un esquema claro y eficaz de organización de las estructuras administrativas, organización que en los últimos años se viene produciendo de una forma inconexa y fragmentaria, ha tenido como consecuencia, entre otras, la aparición de entes instrumentales y de fórmulas societarias que se inscriben en la dinámica de un fenómeno más general que se viene denominando, desde tiempo atrás, “la huida del Derecho Administrativo”<sup>55</sup>. La Ley 30/1993 no parece ajena a la preocupación de introducir elementos de flexibilidad en el régimen de la relación funcionarial para acortar distancias entre el estatuto de la función pública y el régimen laboral, creando instrumentos como los planes de empleo, la movilidad interna e interadministrativa, la jubilación parcial, ... etc., que ponen a disposición de los empleadores públicos instrumentos de gestión y de adaptabilidad del personal similares, aunque no sean idénticos a los previstos en la Legislación laboral.

(53) Vid., por todos, Montoro Chiner, M.J.: *La función pública en el federalismo alemán*, Madrid, INAP, 1987.

(54) Roqueta Buj, R.: “El proceso de formación y remodelación de la estructura de la negociación colectiva laboral en el ámbito de la Administración del Estado”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 11 (1993), págs. 33-57.

(55) Vid., recientemente, Martín Retortillo Baquer, S.: “Las empresas públicas: reflexiones del momento presente”, *RAP*, nº 126 (1991), págs. 63 y ss; Borrajo Iniesta, I.: “El intento de huir del Derecho Administrativo”, *RFDA*, nº 78 (1993), págs. 233 y ss; Soriano García, J.E.: *Desregulación, privatización y Derecho Administrativo*, Bolonia, Publicaciones del R.C. de España, 1993; AA.VV.: “Administración instrumental”, *Libro-Homenaje a M. F. Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994; Piñar Mañas, J.L.: “Privatización de empresas públicas y Derecho comunitario”, *RAP*, nº 133 (1994), págs. 17 y ss; Laguna de Paz, J.C.: “La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo”, *RAP*, nº 136 (1995), págs. 201 y ss.

Los aspectos laborales que se han incorporado al régimen funcionarial con un tratamiento específico de materias claves para dar coherencia a un modelo de función pública abierto que contempla, entre otros extremos, la posibilidad de un ajuste de efectivos. son los siguientes<sup>56</sup>:

- Las relaciones de puestos de trabajo (arts. 15 y 16, LRFP) se configuran como el "instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación del personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios que se precise y de los requisitos para el desempeño de cada puesto". Tales relaciones son el medio ordenador principal del personal al servicio de la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas y de la Administración Local, con independencia de la naturaleza del vínculo para la prestación de servicios, debiendo detallar las características de los puestos, las condiciones para su desempeño, así como cuanto afecte a los aspectos retributivos.

- Las plantillas del personal, funcionarial y laboral, deben ser objeto de fijación anual en los presupuestos de las Administraciones Públicas (art. 14, LRFP), lo que constituye un medio de control para racionalizar las necesidades de personal permanente.

- Se prevén medidas para que tenga lugar la racionalización de los cuerpos y escalas de la Administración así como las plantillas del personal laboral, mediante la convocatoria por el Gobierno de pruebas de selección y la unificación de cuerpos y escalas, en su caso, de un mismo grupo (arts. 27 v 28LRFP).

- Se establecen los criterios de las ofertas de empleo público (art. 18 nº 4 y 5, LRPP) para atender las necesidades de recursos humanos de las Administraciones Públicas que no puedan cubrirse con los efectivos de personal existentes, cuya programación anual tendrá lugar a partir de las previsiones de los Presupuestos Generales del Estado, así como de las previsiones reglamentarias aprobadas por el Gobierno<sup>57</sup>.

(56) Ampliamente, con una síntesis de las enmiendas presentadas al Proyecto de Ley de Medidas Fiscales y de Reforma del Régimen Jurídico de la Función Pública y de la Protección por Desempleo, que se convertiría después en la Ley 22/1993, de 29 de diciembre Palomar Olmeda, A.: "La incidencia de las nuevas reformas legislativas en la redefinición del Estatuto de los funcionarios públicos", R4P, nº 134 (1994), págs. 381 y ss. Una crítica a las consecuencias que ha supuesto la Ley 22/1993 para la función pública en España en Martínez de Píson Aparicio, I.: *El acoso de la función pública española: la reforma del régimen Jurídico funcionarial de la Ley 22/1995, de 29 de diciembre*, Madrid, E. Civitas,

(57) Cfr. Ley 41/1994, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1995, así como el Real Decreto 700/1995, de 28 de abril, por el que se aprueba la oferta de empleo para 1995 (BOE, 29 de abril).



- A partir de 1994 se han regulado con el carácter de norma básica los Planes de Empleo de las Administraciones Públicas (art. 15 de la Ley 22/1993, que modifica el art. 18 de la LRFP)<sup>58</sup>, que constituyen el “instrumento básico de planificación global de los recursos humanos” para especificar los objetivos a alcanzar en materia de personal, la estructura adecuada para cumplirlos, necesidades necesarias sobre modificaciones organizativas y de puestos de trabajo, ... etc. Tales planes pueden tener carácter departamental o interdepartamental, y revestir las modalidades de “planes integrales” y de “planes operativos”<sup>59</sup>. En estos planes de empleo no es difícil ver un paralelo con los planes de reconversión de empresas y sectores productivos, así como con el conjunto de medidas laborales que en los mismos se incluían: modificación de condiciones de trabajo, movilidad geográfica, suspensiones y despidos,... etc.<sup>60</sup>.

- Se regula también con carácter general la movilidad interadministrativa (art. 17, LRFP) y “la reasignación de efectivos” como consecuencia de los planes de empleo en otras Administraciones Públicas, en los términos que se establezcan en los convenios entre estas (art. 18.3 LRFP). Legalmente, sin embargo, se ha regulado en el ámbito de la Administración del Estado un largo procedimiento, que incluye hasta tres fases, para destinar a los funcionarios cuyos puestos de trabajo se hayan suprimido a otro diferente, ya sea en el mismo departamento ministerial o en otro distinto, o para situarlos en expectativa de destino (art. 20, 1, g, LRFP)<sup>61</sup>.

(58) Conforme al art. 1.3 de la Ley 30/1984, los apartados 1 a 5 del art. 18 de la misma tienen carácter básico. Una crítica a estos planes de empleo en Martínez de Pisón Aparicio, I.: *El ocaso de la función pública...*, cit., págs. 35-71

(59) Artículo 2º del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, que contiene el Reglamento de Ingreso, Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional.

(60) Vid, por todos, García Becedas, G.: *Reconversiones industriales y ordenamiento laboral*, Madrid, Tecnos, 1989; Monereo Pérez, J.L.: “La flexibilidad laboral y las políticas de reorganización industrial en España”, en Rivero Lamas, J. (Coord.): *La flexibilidad laboral en España*, Zaragoza, Instituto Universitario de Relaciones Laborales, 1993, págs. 363 y ss.

(61) Vid., también, artículo 4º del Real Decreto 700/1995, de 28 de abril, por el que se aprueba la oferta de empleo público para 1995. Una fuerte crítica a la reasignación de efectivos en Martínez de Pisón Aparicio, I.: *El ocaso...*, cit. págs. 60-71.

- Los aspectos laborales en la determinación legal de las condiciones de empleo de los funcionarios se han ido identificando, o aproximando mucho, en aspectos tales como la regulación de la excedencia voluntaria, de la excedencia para el cuidado de los hijos y el régimen de permiso parental y por maternidad<sup>62</sup>.

- La regulación de la situación de “excedencia incentivada” guarda también una similitud comprobable con la solución arbitrada por los planes de reconversión, aunque también las diferencias no se puedan soslayar, ya que no se trata simplemente de una suspensión de la relación de empleo ni de la situación en la que se situaba a los trabajadores excedentarios en los Fondos de Promoción de Empleo<sup>63</sup>. A tal situación -regulada como apartado 7º del artículo 29 de la Ley 30/1984- se pueden acoger los empleados que se encuentren en alguna de las dos primeras fases del proceso de reasignación de incentivos, así como quienes estén en expectativa de destino o excedencia forzosa por aplicación de un plan de empleo. El incentivo para pasar a esta excedencia temporal -cuya duración es de cinco años y en la que no se puede trabajar en ningún empleo público- consiste en la percepción de una mensualidad de las retribuciones de carácter periódico, sin complementos, por cada año de servicio efectivo y con un máximo de doce mensualidades.

- La jubilación parcial, a la que se llama “cesación progresiva de actividades con reducción de jornada y retribuciones”, es otra de las medidas laborales introducidas en la función pública con características próximas a la situación regulada respecto de los trabajadores para fomentar la creación de empleo: los funcionarios a quienes falten menos de cinco años para cumplir la edad de jubilación forzosa podrán solicitar y obtener la reducción de la jornada de trabajo hasta la mitad, con la reducción de las retribuciones que se

(62) Artículo 29 nº 3 c) y 4; artículo 30, nº 1, 3 y 4, incorporados por las Leyes 3/1989, de 3 de marzo, y 4/1995, de 23 de marzo. Cfr. Texto Refundido de la Ley Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, artículos 37, 4 y 5; 46, 2 y 3; 48.4.

(63) Vid., Pérez de los Cobos Orihuel, F.: “La incorporación a los Fondos de Promoción del Empleo: historia de una medida laboral de reconversión”, *Temas Laborales*, nº 22 (1991- 92), págs. 4 y ss.

determine reglamentariamente, siempre que las necesidades del servicio lo permitan (art. 30.4, LRFP). Tal jubilación parcial también comportará la aplicación de una reducción en la cuota de derechos pasivos y la minoración del haber regulador que le sirva de base, cuando estén sujetos al Régimen de Clases Pasivas, y una reducción en la base de cotización a la Seguridad Social cuando estuvieran incluidos en ésta<sup>64</sup>.

#### VII. UNA ANOMALA Y PELIGROSA EXTENSION DE LOS PRINCIPIOS DE DERECHO DEL TRABAJO: LA ADQUISICION DEL CARACTER DE PERSONAL LABORAL FIJO CONTRA EL MERITO Y LA CAPACIDAD

El recurso a la contratación laboral temporal por las Administraciones públicas ha sido una vía de acceso no sólo frecuente en las dos últimas décadas, sino también, lamentablemente, descontrolada y abusiva. Se crearon situaciones provisionales recurriendo a la contratación temporal para atender nuevos puestos de trabajo en la Administración del Estado y para poner en marcha los órganos ejecutivos de las Comunidades Autónomas y dotar de nuevos servicios y más funcionarios a las Corporaciones Locales. Después, con demasiada frecuencia, se rebasaban los límites de los contratos temporales o se utilizaban sucesivamente distintas modalidades de contratación temporal. En realidad, el artículo 15,1,f) de la LRFP dejaba abierta una puerta que era muy fácil de abrir para la contratación de personal laboral temporal: se trataba de incorporarlo a través del carácter no permanente de las tareas a desarrollar -lo cual no resultaba difícil de justificar- y con cargo a créditos habilitados para personal laboral eventual o al capítulo de inversiones. La reforma del

(64) Disposición Adicional quinta, nº 4 y 5 del Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de situaciones administrativas de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado. Para el sector laboral, Art. 4.4, Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación, que se corresponde con el artículo 12.4 del Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Ley 1/1995, de 24 de marzo. Por lo que a la Seguridad Social respecta, art. 166 de la Ley General de la Seguridad Social, Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio; aplicable a los trabajadores por cuenta ajena de los Regímenes Especiales, según la Disposición Adicional 8ª núm. 3.

mencionado precepto por la Ley 23/1988, de 28 de julio, puso un límite más claro y firme respecto de los puestos que podían desempeñarse con personal laboral que se detallaban en la propia Ley, pero la contratación temporal ya se había convertido, también para otras Administraciones Públicas, en una práctica habitual que contribuía a acentuar la segmentación y el empleo precario, introduciendo una grave patología en el mercado de trabajo español<sup>65</sup>, incluido el sector público.

De las situaciones creadas con anterioridad a 1988, quedaba un remanente de contrataciones temporales al margen de la Ley respecto de las cuales, o bien los empleados cesados o no incorporados a las plantillas planteaban conflictos ante la Jurisdicción Social cuando se procedía a la denuncia de los contratos, o bien cuando el contrato temporal se mantenía sin reclamación de los interesados, aumentaba la gravedad de un problema pendiente y cada vez más difícil de abordar. La solución no estaba en propiciar una fácil funcionarización, o en prescindir masivamente de unos empleados que las Administraciones necesitaban, en bastantes ocasiones, para seguir funcionando. En este orden de consideraciones se puede entender -aunque no se trate de una óptima solución- que la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de acompañamiento a la de los Presupuestos Generales, incluyera una disposición, la Transitoria novena, que aborda la cuestión desde la óptica de la “consolidación de las plazas temporales”: en concreto, se permite durante el periodo 1998 a 1997 crear plazas de carácter laboral permanente para transformar las de carácter temporal, pudiendo aquellas crearse incluso con el carácter de ‘a extinguir’, siempre que se trate de puestos desempeñados temporalmente a los que se hayan asignado tareas permanentes y, además, no supongan “el ejercicio directo de potestades administrativas”. En definitiva, aunque sea con carácter transitorio, la Ley 42/1994, ha incluido un criterio ‘en negativo’ para los puestos a cubrir inexcusablemente por funcionarios en este periodo de tres

(65) Camps Ruiz, L.M.: *La contratación temporal para ocupar provisionalmente puestos vacantes en las Administraciones Públicas*, Valencia, Generalitat Valenciana 1990; Landa Zapirain, J.P. - Collado Luis, S.- Santiago Redondo, K.M.-Tenes Iturri, R.. *La contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas*, Madrid, E. Civitas, 1993; Altes, J.A.: *La contratación temporal en la Administración Pública*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.

años respecto de este conglomerado de situaciones irregulares: se ha de tratar de áreas funcionales o de actividad en las que la creación de plazas laborales permanentes 'resulte adecuada', que se desempeñen funciones permanentes y que estas no entrañen el ejercicio directo de potestades administrativas. La regulación de este proceso de transformación se ha abordado con mayor detalle por el Real Decreto 700/1995, de 28 de abril, que aprueba la oferta de empleo público para 1995<sup>66</sup>, aportando soluciones transitorias para frenar la patología de las reclamaciones ante la Jurisdicción Social en el contexto del sistema de ingreso en la Administración, sobre todo ante las tendencias jurisprudenciales a que se hace referencia a continuación.

Ahora bien, para la selección del personal laboral, sea o no permanente, se han de respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad, aunque además se puedan fijar otros complementarios criterios de selección en las convocatorias (arts. 23.2 y 103.3 CE; art. 19 LRFP; arts. 28 y 35 del Real Decreto 364/1995).

Los problemas que plantea la aplicación de los principios laborales a la contratación laboral temporal en fraude de Ley o por cesiones ilegales a las Administraciones Públicas giran en torno al desplazamiento de aquellos principios de selección del personal que, aunque tengan carácter imperativo en la actividad contractual de aquellas por su arranque constitucional y su regulación en la legislación administrativa específica, resultan orillados en la ejecución de las sentencias de la Jurisdicción Social. Estas, ciertamente, solo pueden crear situaciones individualizadas para los empleados administrativos demandantes en vía judicial; pero, es lo cierto, que en virtud de tales sentencias se incorporan definitivamente aquellos al servicio de las Administraciones empleadoras, al margen de los principios y procedimientos regulares de ingreso previstos legalmente.

(66) En concreto, según dispone el párrafo 2º del nº 2, artículo 8 del mencionado Decreto, en los casos en los cuales un plan de empleo contemple la conversión de las plazas temporales en fijas, "la relación de empleo de quienes desempeñen temporalmente tales plazas se podrá prolongar hasta que finalicen los procesos selectivos correspondientes a la convocatoria de las plazas de carácter fijo". De otra parte -se establece en el párrafo 30 del nº 2 del mismo artículo- con el fin de "dar continuidad al empleo temporal en tanto se aborda el proceso de fijeza, se podrá transformar la relación de empleo inicial en otra de naturaleza interina, en los términos previstos en el Real Decreto 2546/1994, de 29 de diciembre, o en la normativa de función pública".

Graves consecuencias para una aplicación uniforme de los principios constitucionales de acceso a los empleos públicos se han seguido de los cambios en la trayectoria jurisprudencial en punto a calificar las consecuencias de los incumplimientos “especialmente cualificados” por la Administración en la contratación laboral de carácter temporal. Inicialmente, siguiendo las líneas marcadas por el desaparecido Tribunal Central de Trabajo, los Tribunales Superiores de Justicia distinguieron en las irregularidades cometidas por las Administraciones en la contratación temporal de trabajadores entre aquellas que se podían considerar “formales o no esenciales”, que no determinaban la calificación de la relación de trabajo como indefinida, y aquellas otras que eran “incumplimientos especialmente cualificados”, a las cuales se vinculaban las consecuencias constitutivas y sancionatorias previstas en la normativa laboral: conversión de los contratos en indefinidos; y en caso de extinción, la calificación de improcedencia o de nulidad, por haber incurrido la Administración en fraude de Ley. En cualquier caso, tales consecuencias jurídicas no alteraban la relación de empleo del trabajador convirtiéndolo en funcionario o dándole derecho a ocupar una plaza reservada a esta clase de personal, ni la ejecución de las sentencias de despido obligaban a la Administración a readmitir sino al pago de la indemnización correspondiente.

Este trato especialmente favorable para las Administraciones Públicas en los incumplimientos de las normas imperativas sobre la contratación temporal se apoyaba en distintas razones: en que aquellas siempre actuaban movidas por el interés público; en que sus medios de organización eran más limitados y rígidos que los de las empresas privadas; en que la aplicación de la normativa laboral debía modularse en atención a factores diferenciales que concurrían en las Administraciones empleadoras,.. etc. Pero, como razones de fondo, eran las exigencias derivadas de la aplicación de los principios 23.2 y 103.3 las que determinaban no apurar las consecuencias aplicativas de la legislación laboral derivadas de la apreciación del fraude de Ley<sup>67</sup>, imponiendo la readmisión obligatoria (despidos nulos) o la condena alternativa a reincorporar al trabajador o indemnizarle (despidos improcedentes).

(67) Landa Zapirain y otros: op. cit., págs. 49 y ss.

Ahora bien, a partir de la Sentencia del TC 205/1987, de 21 de diciembre, se produce un cambio importante en la jurisprudencia en punto a determinar las consecuencias derivadas de la inobservancia de los límites del régimen laboral en la contratación de trabajadores temporales por las Administraciones Públicas. No obstante, las decisiones judiciales condenando a las Administraciones Públicas a la readmisión por despidos improcedentes, por considerar que se había llegado a constituir una relación de trabajo de duración indefinida, son escasas hasta 1994<sup>68</sup>, y las sentencias se limitaban al reconocimiento de las indemnizaciones previstas para los despidos improcedentes, como ya se expresaba, ya fuera ésta la calificación que mereciera la extinción declarada por la empleadora pública o la de despido nulo. En uno y otro caso, la condena judicial limitaba los efectos de la calificación legal del despido irregular a una ejecución por equivalente económico, con el fin de salvar la aplicación de las exigencias del mandato constitucional (arts. 23 y 103.3 CE). Esta doctrina se había puesto en circulación ya por el TCT en su sentencia de 11 de febrero de 1988, y sería la aplicada mayoritariamente por los Tribunales Superiores de Justicia hasta fechas recientes<sup>69</sup>. No obstante, con carácter restrictivo ya se había previsto la ejecución específica por el TS en una sentencia de 1992 - la de 26 de octubre de 1992<sup>70</sup> -, provista de un valor singular porque se trataba de la decisión de un recurso para unificación de doctrina.

Con una mayor amplitud se reiterará esta nueva doctrina en importantes sentencias del TS de los dos años siguientes, también dictadas en unificación de doctrina<sup>71</sup>, que establecen sobre el particular que “la improcedencia del despido comporta la opción entre readmisión e indemnización, de acuerdo con el art. 56.1 del ET, opción que es aplicable también a los supuestos en los que la opción extintiva de la relación laboral haya de imputarse a la Administración”.

(68) Así, SS. TS (Soc.) de 7 de marzo de 1983 (Ar. 1111); 13 de septiembre de 1988 (Ar. 6883) y 11 de febrero de 1991 (Ar. 822).

(69) S. TCT de 11 de febrero 1988 (Ar. 1537), y SS. TSJ de Madrid de 8 de enero 1991 (AS, 715); TSJ de Navarra, de 28 de febrero 1991 (AS, 1143), entre otras.

(70) S. TS (Soc.) de 23 de octubre 1992 (Ar. 7676).

(71) SS. TS (Soc.) de 24 de enero de 1994. 22 de septiembre y 26 de noviembre de 1993; y 19 de julio del mismo año, cit., en AL, 1994, nº45, marg. 173, con cita de las anteriores. Más recientemente, S. TS (Soc, 40) de 8 de junio 1995 (Ar. 4774).

La nueva fundamentación en que se apoya el TS para imponer esta doctrina correctora de la anterior, es que los principios de mérito y capacidad, que establece el art. 103.3 CE para acceder a la función pública, deben determinar el establecimiento de sistemas de contratación que se atengan a tales principios, pero que no excluyen que el despido improcedente genere los efectos de la regulación establecida al efecto en las leyes laborales; aún más, que los mandatos contenidos en la normativa laboral no pueden encontrar una excepción porque la empleadora sea una Administración Pública y de ella proceda la decisión del despido improcedente, ya que tal excepción no está consagrada legalmente y de aplicarse “determinaría la violación de lo establecido por el art. 9.1 de la CE, que sujeta a sus disposiciones y al resto del ordenamiento jurídico tanto a los ciudadanos como a los Poderes públicos”.

El problema se plantea con toda su agudeza respecto de la ejecución de las sentencias que declaran fijos a los empleados administrativos por una contratación laboral temporal en fraude de Ley cuando los actores-beneficiarios ni siquiera accedieron al empleo público por un sistema que garantizara el mérito y la capacidad, así como en los casos en los cuales no existan en las estructuras organizativas de la Administración contratante grupos de personal laboral en los que se pueda incluir a los trabajadores a cuya readmisión se condena a la Administración.

De otra parte, las Administraciones Públicas también recurren, y cada vez con mayor frecuencia, a las contrataciones con otras empresas para la realización de ciertos servicios auxiliares, debiéndose ajustar y respetar el régimen y las garantías previstos en el art. 42 del ET. Las contrataciones irregulares constituyen supuestos de cesiones prohibidas, calificables como tráfico ilegal de mano de obra. La sanción prevista para estos supuestos es la posibilidad de elección por los trabajadores cedidos ilegalmente a “adquirir la condición de fijos de la empresa cedente o cesionarias, una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente hubieran podido fijar para el período de prueba”.

La solución que arbitra la jurisprudencia social para estos casos, es muy similar a la ya contemplada en relación con la ejecución de las sentencias de despido improcedente por contratación



temporal en fraude de Ley: que se pueda adquirir por el trabajador una plaza fija en la Administración pública sin someterse a los procedimientos de selección establecidos para acceder a tales puestos. Pero los términos en que tal consecuencia se impone son más graves, ya que, en principio, los contratados temporales en las Administraciones públicas también deben pasar por un proceso de selección en el que se respete la igualdad, el mérito y la capacidad, aunque lamentablemente hayan sido, y sean, demasiado frecuentes los incumplimientos de esta exigencia; mientras que la opción del trabajador de una empresa extraña para incorporarse a una Administración por haberse calificado de ilegal la cesión, supone incorporar a personas que no han sido seleccionadas en forma alguna por la Administración sino contratadas por la empresa cedente. Pues bien, las soluciones que en este punto matiza la jurisprudencia social suponen una traslación a las cesiones ilegales de consecuencias muy parecidas a las señaladas para la contratación temporal en fraude de Ley: en unos casos, ha considerado las cesiones ilegales inexistentes porque no se acreditaba una actuación dolosa ni especulativa; en otros, las ha considerado irregulares pero no determinantes de la sanción legal porque el incumplimiento no era trascendente; pero también, finalmente, ha venido a admitir que por esta vía se pueden producir incorporaciones de trabajadores de empresas extrañas a las Administraciones públicas cuando la cesión fue ilegal por fraudulenta, debiéndose reconocer a los trabajadores la titularidad de un contrato de duración indefinida y el derecho a obtener la condición de hijo en la Administración en la que estaban empleados o en la empresa cedente<sup>72</sup>.

(72) SS. TS (Soc.) de 7 de marzo 1988 (Ar. 1684) y 18 de marzo de 1991 (Ar. 1875). Vid., ampliamente, Rodríguez Ramos, M.J.: *La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994*, Madrid, Tecnos, 1995, págs. 228 y ss.

Ante esta aplicación plena de la legislación laboral en perjuicio de las garantías constitucionales para acceder al empleo público, se ha propuesto -con buen criterio- que en los supuestos de cesión de ilegal, si la Administración actúa como cedente, la condena judicial debería reducirse a la posibilidad de que los trabajadores adquirieran la condición de fijos en la empresa cesionaria, limitando el derecho de opción del trabajador para que sólo pueda adquirir la condición de fijo en una empresa que no sea una Administración Pública, con lo que se daría cumplimiento al propósito garantizador del artículo 2.3 de la Ley 10/1994, y se salvarían también las garantías de acceso al empleo público<sup>73</sup>. Pero esta inmunización de las Administraciones Públicas no es ninguna garantía para cortar situaciones de abuso por parte de aquellas. Las soluciones deberían buscarse, ciertamente, por la vía de no dejar incumplidos los procedimientos de acceso regulares al empleo público pero, también, por la exigencia de responsabilidades a la Administración por los trabajadores afectados, y de aquella a los funcionarios responsables del incumplimiento de la Ley.

#### VIII. LOS ACUERDOS-MARCO ADMINISTRACION DEL ESTADO-SINDICATOS DE 1991 Y 1994 Y EL EJERCICIO CONJUNTO DEL DERECHO A LA NEGOCIACION COLECTIVA DE FUNCIONARIOS Y TRABAJADORES

Un paso adelante en la laboralización del sector público significan también los recientes desarrollos de negociaciones colectivas conjuntamente para funcionarios y empleados laborales, que tienen su arranque en una corta historia de macroacuerdos entre las representaciones de la Administración del Estado y las organizaciones sindicales, así como de acuerdos para todos los empleados de las Administraciones Públicas en el ámbito de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales en los ámbitos geográficos de éstas. Lo relevante y significativo de estas experiencias de negociación colectiva en el sector público es que se trata de un fenómeno *extra legem*; aún más, de unas expresiones de negociación colectiva conjunta de “los empleados públicos” que han de salvar escollos importantes en un proceso final de formalización y respetar la

(73) Rodríguez Ramos, M.J.: *La cesión ilegal...*, cit., pág. 237.

diversidad del régimen legal de la negociación funcionarial y laboral para así cobrar validez y efectos constitutivos en el ordenamiento jurídico, separadamente, uno y otro tipo de acuerdos.

Dos rasgos peculiares parece conveniente señalar, de entrada, en este proceso de desarrollo de la negociación colectiva en el sector público, proceso que tiene, por lo demás, un peso y un significado relevante en la actual configuración de nuestro sistema de relaciones laborales. En primer término, que a partir de una apoyatura legal referida a la participación y a los Acuerdos colectivos -artículos 35 y 40 de la LOR, de una parte, y arts. 83.2 y 3 de la LET, de otra- se han ido afirmando, ya sea como antecedentes de desarrollos legislativos y reglamentarios, en unos casos, y, en otros, de la negociación colectiva separada para los funcionarios y empleados laborales- unas negociaciones colectivas en la cúspide, de eficacia jurídica incierta, con las cuales se trata de atender tanto unos objetivos de interés público y naturaleza política, como otros de naturaleza y alcance propiamente profesionales; en tal sentido se invocan, de una parte, la modernización de las Administraciones públicas, el conseguir la mayor eficiencia y calidad de los servicios, acercar los poderes públicos a los ciudadanos y buscar el consenso sobre los temas nucleares que se deban incluir en un futuro Proyecto de Estatuto de la Función Pública; de otro lado, perseguir un mayor grado de profesionalización de los empleados públicas, incidir en la mejora de las condiciones de trabajo, empleo y salud laboral, ordenar y articular la negociación de los convenios colectivos para hacer posible una gestión homogénea de los aspectos comunes de todo el personal de la Administración y, también, afianzar -aunque no se trate de un objetivo proclamado, pero sí con claridad pactado- que sean objeto de negociación colectiva capítulos de tanto relieve como la oferta de empleo público, los planes de empleo, los sistemas y el diseño de los procesos de ingreso en las Administraciones, de promoción interna y de provisión de puestos de trabajo. De otra parte, se camina en la dirección de crear una especie de ordenamiento pactado unitario<sup>74</sup> entre las Administraciones empleadoras y las organizaciones sindicales, que pretende orientar la acción legislativa futura y superar la división entre funcionarios y empleados laborales, en la actualidad sometidos a regímenes próximos pero diversificados.

(74) La conclusión de este Acuerdo supone, en efecto, una manifestación de “concertación social” sectorial, esto es, en el ámbito de la función pública; pero también, un esfuerzo de impulsar la “legislación prenegociada”. Sobre el particular, Escudero Rodríguez, R.: “El Acuerdo para la modernización de la función pública”; *RL*, 1992. I, págs. 1133-1134; Roqueta Buj, R.: “Las relaciones entre los sistemas de negociación colectiva laboral y funcionarial en la función pública”, cit. págs. 147-154. Recientemente, Solans Latre, M.A.: *Concertación social y otras formas de neocorporativismo en España*, Madrid, Tecnos, 1995, págs. 152-154.

El ejercicio conjunto del derecho a la negociación colectiva de los trabajadores y funcionarios en el sector público se introdujo primero en la esfera local para extenderse, después, a la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas<sup>75</sup>. A partir del Acuerdo para modernizar la Administración y mejorar las condiciones de trabajo, de 16 de noviembre de 1991 se inicia una nueva etapa. Este Acuerdo contenía algunos pactos sobre materias reservadas a la Ley o que suponían aumentos de las previsiones presupuestarias y que correspondía autorizar a las Cortes Generales, más otros que versaban sobre materias de competencias del Gobierno y que debían ser objeto de desarrollo en los correspondientes instrumentos de negociación colectiva, según se tratara de personal funcionario o de laborales dependientes de la Administración del Estado.

La naturaleza del acuerdo de modernización de la Administración de 1991 era, ciertamente, compleja<sup>76</sup>, por estar referido genéricamente al “personal al servicio de las Administraciones Públicas”. No obstante, los empleados afectados por los acuerdos eran los funcionarios y el personal laboral de la Administración civil del Estado, de sus organismos autónomos, el personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares, el personal laboral de la Seguridad Social y, también, el que prestaba con este mismo carácter sus servicios a la Administración de la Justicia. Sólo al regular la estructura negocial en el ámbito de la Administración del Estado, delimitando los criterios de coordinación entre las distintas unidades de negociación (capítulo XIII del Título IV, cuya vigencia se ha prorrogado por el Acuerdo para 1995-1997), se configuraba un ámbito general de negociación (mesa general) para negociar las condiciones generales de trabajo que afectarían a todos los empleados de las diversas Administraciones públicas, con lo que se hacía referencia a la cuantía general de la masa salarial y a los derechos sindicales que afectaban a todos los empleados públicos.

(75) Vid. Blasco Estévez, A.: “La negociación colectiva de los funcionarios públicos”, *REDA*, nº 52 (1986), págs. 541 y ss.

(76) Roqueta Buj, A.: “Las relaciones entre los sistemas de negociación colectiva..”, cit., pág. 152; Ojeda Avilés, A.: “El Acuerdo para modernizar la Administración...”, cit. pág. 26. La STS de 24 de octubre de 1994, *AL*, 1995, marg. 225, le reconoce eficacia vinculante.

Esta referencia a las condiciones de trabajo, e implícita al tema salarial, tenía una trascendencia incuestionable, sobre todo para equiparar a funcionarios y laborales en punto a los contenidos de la negociación del Acuerdo. En efecto, pocos meses antes se había suscrito un Pacto<sup>77</sup> entre la Administración del Estado y los sindicatos UGT, CC.OO. y ELA-STV que serviría de acuerdo - marco para negociar “el incremento de la cflantía global de la masa salarial del personal laboral dependiente de la Administración del Estado que procede incluir en el Proyecto de Ley de Presupuestos de cada año”. Con ello, se ponían de manifiesto dos cosas: de una parte, que por este cauce convencional se ampliaba al personal no funcionario el derecho que ya se había reconocido por la Ley 7/1990, de 17 de julio, modificaba la LOR, a negociar los incrementos de las retribuciones que procedía incluir en el Proyecto de Presupuestos de cada año del Estado, las Comunidades Autónomas y Entidades Locales (art. 32, a, LOR), eliminando así una expresión de trato desigual para el personal laboral de tales Administraciones; y, de otra, que el Acuerdo de 1991 contaba ya para su instrumentación al personal laboral con otro acuerdo específico estipulado en el marco del Estatuto de los Trabajadores - esto es, con apoyo en el artículo 83. 2 y 3-, reconociendo así el valor político o programático del macroacuerdo general.

Con carácter general hay que señalar, que no resulta posible ignorar y superar los acuerdos de una mesa general de negociación, que han terminado convirtiéndose en Ley, para limitar el incremento de la cuantía global de la masa salarial del personal funcionario y laboral de las Comunidades Autónomas y Administraciones Locales<sup>78</sup>.

(77) BOE, de 20 de junio de 1990.

(78) Cfr. SS. TC 63/1986, de 21 de mayo, FJ 11; TC 96/1990, de 24 de mayo, FJ 3. En concreto, “no resulta injustificado que, en razón de una política de contención de la inflación a través de la reducción del déficit público, y de prioridad de las inversiones públicas frente a los gastos consuntivos, se establezcan por el Estado topes máximos globales al incremento de la masa retributiva de los empleados públicos”. Sin embargo, no parece justificado, desde la perspectiva de los objetivos de la política económica general, que el Estado predetermine los incrementos máximos de las cuantías de las retribuciones de cada funcionario dependiente de las Comunidades Autónomas y Corporaciones locales., (STC, 96/1990, FJ. 3).

Por lo demás, las partes firmantes del Acuerdo de 1991 (la Administración del Estado y las centrales sindicales UGT, CC.OO., CSIF y ELA-STV) manifiestaban su deseo de que el Acuerdo inspirase los que llegaran a concertarse “en otros ámbitos de negociación en la Administración del Estado, en particular, y de las Administraciones Públicas, en general”.

Como se puso de manifiesto en su momento<sup>79</sup>, el Acuerdo para modernizar la Administración y mejorar las condiciones de trabajo de 1991 suponía “una nueva convergencia entre la regulación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos y del personal laboral al servicio de la Administración pública, convergencia que se presentaba como un postulado o base de partida para racionalizar el funcionamiento de las Administraciones públicas. Uno de los espacios en los que se trataba de potenciar este acercamiento, era el relativo a la participación de los órganos de representación en el desarrollo de la Ley sobre la salud laboral, entonces en fase de elaboración. El Acuerdo de 1991 tenía una vigencia que se extendía entre los años 1992 y 1994. Los dos últimos años de este período se caracterizaron, sin embargo, por difíciles relaciones entre el Gobierno y las centrales sindicales a consecuencia de la oposición de éstas a la reforma laboral que culminaría con las Leyes de mayo y junio de 1994, lo que no permitió aplicar buena parte de su contenido.

Hacia mediados de 1994 se recupera la concertación social en el ámbito público, y el 15 de septiembre se suscribe un nuevo Acuerdo entre la Administración del Estado y los Sindicatos CC.OO., UGT, CS-CSIF y CIG sobre condiciones de trabajo en la función pública para el periodo 1995-1997. La importancia de este Acuerdo, que incluye en su ámbito de aplicación al personal de las Administraciones públicas con distinto régimen jurídico, reside también en que trata de establecer líneas de tendencia para el

(79) Escudero Rodríguez, R.: “El Acuerdo para la modernización de la Administración Pública”, cit., pág. 1137. También, Roqueta Buj, R.: “El proceso de formación y remodelación de la estructura de la negociación colectiva laboral en el ámbito de la Administración del Estado”, cit., págs. 49-52.

modelo de función pública que pueda llegarse a elaborar en desarrollo del artículo 103.3 CE. Ello no obstante, el Acuerdo para la función pública de 1994, a tenor de lo manifestado por las partes y en la Resolución del Consejo de Ministros que lo ratifica, se suscribe “de conformidad con lo establecido en el artículo 35 de la Ley 9/1987. Se trata, por consiguiente, de un Acuerdo que se ha celebrado al amparo de la legislación funcionarial y al margen por consiguiente del artículo 83.2 del Estatuto de los Trabajadores. El hecho de que se regulen de forma conjunta las condiciones de trabajo de los funcionarios y empleados laborales se puede interpretar, no sólo en el sentido de que las partes tratan de orillar la imposibilidad de una negociación unitaria, sino como expresión también de que a través de ésta, y más allá de un fenómeno de aproximación recíproca (que laboraliza a los funcionarios y funcionaliza a los laborales) se está conformando una especie de *ius comuna* de la función pública, de regulación conjunta y contenido unitario<sup>80</sup>, aunque en bastantes materias tal regulación aún sea solo paralela, ya que las diferencias actuales no son sólo de forma sino también de fondo. Pero lo relevante son las instituciones comunes a ambos regímenes jurídicos, aplicables con independencia de la naturaleza jurídica de la relación que une a funcionarios y laborales con las Administraciones Públicas<sup>81</sup>.

Como en el Acuerdo de 1991, también en el de 1994 ha sido deseo de las partes firmantes que, aunque no vincula a las Corporaciones Locales ni a las Comunidades Autónomas, sus pactos inspiren la negociación colectiva de los empleados públicos en estos ámbitos. Pues bien, respecto de las primeras, la Federación Española de Municipios y Provincias y las centrales sindicales han suscrito un protocolo de adhesión a aquel <sup>82</sup>. Sin embargo, no existe hasta el momento un instrumento de adhesión similar que permita

(80) López Gómez, J.M.: “El Acuerdo Administración-Sindicatos sobre condiciones de trabajo en la Función pública para 1994-97. Reflexiones sobre la negociación colectiva unitaria del personal funcionario y laboral”, en *VI Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*; Edición policopiada, Tomo II; *Acuerdos de empresa en la estructura de la negociación colectiva*, págs. 19-20 (del original de la comunicación).

(81) Ojeda Avilés, A.: “Los límites del paradigma laboral en el empleo público”, en AA.VV.: *Lo statuto dei lavoratori (1970-1990)*, Napoli, Jovene Editore, 1992, págs. 527-530.

(82) BOE de 10 de noviembre de 1994.

incorporar a las Comunidades Autónomas a una acción convergente para aproximarse de forma homogénea hacia una normativa básica, ni para introducir una mayor dosis de racionalidad y equivalencia en la definición de las estructuras retributivas entre las distintas Administraciones de las Comunidades Autónomas, las del Estado y los Entes Locales. Y tal objetivo parece necesario y urgente para completar la regulación sobre retribuciones contenida en los artículos 23 y 24 de la LRFP, así como para afrontar con razones jurídicas conflictos por reales o supuestos agravios comparativos<sup>83</sup>, en los que lote la reivindicación de una igualdad que, si no está en su extensión y límites previamente acordada por las Administraciones empleadoras y las representaciones sindicales de los trabajadores, puede quebrarse de forma reiterada como consecuencia natural del ejercicio de la autonomía de las primeras para la fijación de las retribuciones complementarias.

Otro tanto puede decirse de las diferencias que en torno a la regulación de la jornada de trabajo se originan por la negociación colectiva, ya que, pese a su evidencia, se trata de materia regulada en normas reglamentarias. La Resolución de la Secretaría de Estado para la Administración Pública de 27 de abril de 1995 (BOE, 10 de mayo), dictada previa negociación con las centrales sindicales firmantes del Acuerdo de 15 de septiembre de 1994 y la Secretaría de Estado mencionada, contiene las “instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo, permisos, licencias y vacaciones del personal” al Servicio de la Administración General del Estado, organismos autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social y demás entes públicos sometidos a la normativa general en materia de función pública. Esta regulación no es aplicable, sin embargo, al personal docente o laboral del Ministerio de Educación y Ciencias cuando preste sus servicios en centros docentes o de apoyo, ni al destinado en establecimientos sanitarios o en instituciones

(83) La reciente y prolongada huelga del personal médico de los hospitales públicos de la Sanidad nacional se sitúa en este contexto dominado por la diversidad de regímenes retributivos y la aspiración a la igualdad, justificada siempre que la extensión y calidad del trabajo sea la misma.



penitenciarias, ni al personal del organismo autónomo Correos y Telégrafos. Esta regulación de las jornadas de trabajo y de los descansos reserva unos ámbitos de negociación colectiva en las unidades ya mencionadas, tanto el personal funcionarial como laboral de la Administración General del Estado, sin perjuicio del derecho de consulta reconocido a las Juntas de Personal (art. 9.4,a), de la Ley 9/1987 (LOR).

La cuestionable eficacia del Acuerdo entre la Administración del Estado y los sindicatos de 1994 para su aplicación de personal laboral de las Administraciones empleadoras afectadas por aquel -salvo en aquellas materias que debían plasmarse en proyectos legislativos o que obligaban a adoptar medidas reglamentarias explica que, pocos meses después, se suscribiera un Acuerdo Administración- Sindicatos (de 7 de febrero) para adecuar la negociación de los convenios colectivos del personal laboral de la Administración del Estado, así como los principios de complementariedad de las distintas unidades de negociación. Este Acuerdo se estipuló en el seno de la Comisión Paritaria de Negociación, también por un período de tres años (1995-97); tal Comisión continuará actuando durante este período de tiempo para negociar un conjunto de materias que detallan: articulación de la negociación, movilidad, unificación de convenios y clasificación profesional. Singular relieve reviste en este Acuerdo -cuyo fundamento legal expresamente se sitúa en el artículo 83.2 y 3 del Estatuto de los Trabajadores- la enumeración de una serie de materias “que serán objeto de tratamiento conjunto para todos los empleados públicos”, ya sea porque se entiende que “su aplicación tendrá incidencia sobre las condiciones de empleo de ambos colectivos” o porque no se considera “procedente establecer desarrollos que den lugar a desigualdades”<sup>84</sup>.

(84) Capítulo 13 del mencionado Acuerdo. Tales materias son: los criterios a aplicar los procesos de funcionarización; el análisis de los proyectos de transformación de las plazas temporales en fijas; los criterios a los que deberán ajustarse los planes de empleo; los criterios para la definición de la masa salarial y de los métodos para su cálculo; ... etc.

En definitiva, la laboralización del proceso de negociación colectiva desde la Administración del Estado ha contado, sobre todo a partir de 1991, con la necesidad de diferenciar niveles y unidades de negociación. Y así, aunque en el ámbito general se hayan podido negociar condiciones de trabajo que afectan a todos los empleados de las diversas Administraciones Públicas” y a “los empleados públicos de la Administración del Estado”<sup>85</sup>, es lo cierto que los resultados de tal negociación, salvo que fuera de obligada recepción en la negociación colectiva por haberse concretado después en disposiciones legislativas o reglamentarias, daba lugar a la formación de los acuerdos unitarios que debían recepcionarse de forma distinta y separada, esto es, utilizando los instrumentos reguladores previstos para la negociación colectiva funcional o conforme al procedimiento previsto para el establecimiento de los acuerdos-marco y los convenios colectivos laborales.

Sin embargo, en los ámbitos autonómicos y locales se han venido registrando negociaciones colectivas unitarias para todo el personal al servicio de estas Administraciones, que se pretendía tuvieran fuerza vinculante tanto para los funcionarios como para el personal laboral. El fenómeno ha tenido una considerable extensión en las Administraciones Locales desde tiempo atrás, dando lugar a que se promovieran por los representantes del Gobierno recursos contenciosos para impugnar tales acuerdos unitarios, aún en los casos en los que se asumían como reglamento de personal por la

(85) Capítulo XIII del Título IV del Acuerdo Administración del Estado- Sindicatos de 16 de noviembre de 1991, publicado por Resolución de 3 de enero de 1992 (BOE, de 21 de enero), declarado en vigor por el Capítulo 40 del Acuerdo Administración-Sindicatos de 15 de septiembre de 1994.

Administración Local<sup>86</sup>. Lo que la Jurisdicción Contencioso-administrativa ha anulado ha sido la articulación unitaria de pactos que comprendieran unitariamente a los funcionarios y al personal laboral, declaración que se ha mantenido invariable pese a que, en el supuesto contemplado en la sentencia que se menciona a continuación, se estipulara el acuerdo bajo la vigencia de la Ley 9/1987. Y ello porque, en términos de la Sentencia del TS (CA) de 22 de octubre de 1993, se entiende que entre la regulación administrativa y

(86) Vid., así, los casos a que hace mención López Gómez, J.M.: *El régimen jurídico del personal laboral en las Administraciones Públicas*, cit., pág. 427. También, los supuestos contemplados en las SS. TS (3<sup>a</sup>, sección 7<sup>a</sup>) de 22 de octubre de 1993 (Ar. 7544) y 30 de junio de 1994 (Pte., Sr. García Carrero), *AL*, 1995, marg. 47, así como las Sentencias de la misma Sala anteriores citadas en las primeras mencionadas, de 29 de junio de 1992 (Ar. 5195), 27 de octubre de 1992 (Ar. 8379) y 30 de octubre del mismo año (Ar. 8379). No obstante, es preciso tener en cuenta que las SS. TS. de 17 y 22 de marzo de 1993 y la de 30 de junio de 1994 se refieren a la impugnación de Acuerdos adoptados por Ayuntamientos con anterioridad a la LOR 9/1987, de 12 de junio; y que la STS de 22 de octubre de 1993 resuelve la impugnación de un acuerdo del Ayuntamiento de Albacete de 22 de marzo de 1989, anterior a la reforma del Capítulo III de la LOR por la Ley 7/1990, de 19 de julio, por lo que la doctrina sentada en esta última decisión refuerza la necesidad de la regulación paralela privando de valor al convenio único para el personal funcionario, respecto al cual debe ceñirse el conocimiento del orden Jurisdiccional Contencioso-administrativo. Distinto es el caso contemplado en la STS (3<sup>a</sup>) de 30 de mayo de 1992 (Ar. 4454), ya que se trataba de un Acuerdo aprobado por el Pleno del Ayuntamiento y que afectaba sólo a los funcionarios. vid. sobre esta decisión cuestionable en otros puntos, Razquin Lizarraga, M.M.: "Funcionarios, bases y negociación colectiva (Comentario a la STS de 30 de mayo de 1992)", *RAP*, n° 131 (1993), págs. 219 y ss. En la reciente S. TSJ (Soc.) de Murcia, de 19 de mayo de 1995, *AL*, 1995, pág. 3273, se decide sobre una demanda en proceso de conflicto colectivo impugnando un convenio de eficacia limitada estipulado para el Consorcio de Extinción de Incendios de la Comunidad Autónoma de Murcia. El TSJ declara la nulidad de determinados artículos que se pretendía afectaran a todos los trabajadores; de otro precepto porque tenía una redacción indefinida y no valorable y de la disposición adicional porque prescribía que podían adherirse al convenio de funcionarios, cuando el convenio se había negociado en el marco del Estatuto de los Trabajadores.

laboral de la negociación colectiva no existe “el grado de permeabilidad suficiente para posibilitar una negociación y eventual regulación unitaria bajo forma contractual...”. Los argumentos en que se apoya tal decisión reparan en que las estructuras de las comisiones negociadoras no son coincidentes, como tampoco el grado de autonomía de las partes para elegir las unidades de negociación y decidir sobre las materias objeto de estipulación; de otra parte, como también ya se expresaba en la decisión mencionada, la situación de supremacía de una de las partes, que se pone de manifiesto en la necesidad de aprobación expresa del Pleno de la Entidad local de los acuerdos que se alcancen, no se coherente con la libertad de las negociaciones que se afirma en los artículos 82 y 90 del Estatuto de los Trabajadores, diferencias de régimen que también se registran en los supuestos de fracaso de la negociación. Por último, es distinta también la competencia jurisdiccional relativa al reconocimiento de las pretensiones a que dé lugar la negociación colectiva en uno u otro caso, quedando reservada a la Jurisdicción Social las pretensiones que afecten al personal laboral, ya sea pública o privada la empleadora (arts. 9.5 y 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Pese a lo expuesto, pienso que no resulta imposible que en una primera fase de las negociaciones colectivas, y con carácter *extra legem*, pueda tener lugar una negociación unitaria preliminar en la cual estén presentes las representaciones profesionales legitimadas para negociar según la normativa funcional y laboral, y que, en una fase posterior, se diversifiquen los procedimientos de negociación y tenga lugar, conforme a la legislación aplicable en cada caso, una formalización de lo acordado en los instrumentos correspondientes, dando a éstos la tramitación y publicación oficial que legalmente proceda. En apoyo de esta solución -que, cabe decir, se ha llegado a normalizar en muchos casos en los niveles autonómicos y locales- se pueden invocar los artículos 39 y 40 de la LOR, que prevén la existencia de órganos colegiados de participación para el empleo funcional y laboral, lo que pone de manifiesto que no es contraria la Ley a que puedan existir formas de coordinación de intereses y de negociación conjunta, aunque por la diferente naturaleza y alcance de los destinatarios estos pactos deban formalizarse en instrumentos no sólo separados sino diferentes, por cuanto están sometidos a distinto régimen jurídico. De momento, y has-

ta tanto no se tiendan nuevos puentes por la Ley entre el régimen de negociación colectiva funcionarial y laboral, esta parece la solución practicable en el marco legal disponible, ya que la eficacia normativa directa y general (*erga omnes*) de los productos de la negociación colectiva funcionarial y laboral tan sólo cabe reconocerla en los acuerdos que se celebren respetando las exigencias legales de legitimación y los procedimientos previstos en la legislación aplicable en cada caso<sup>87</sup> siendo incompatible, por lo demás, con el sistema español de empleo público y con la igualdad ante la Ley, la existencia de Pactos o Acuerdos de eficacia relativa<sup>83</sup>.

#### IX. LA REFORMA DE LOS PROCESOS ELECTORALES A LOS ORGANOS DE REPRESENTACION DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS: UNA REGULACION SIMETRICA A LA LABORAL

La reforma por la Ley 18/1994, de 30 de junio, de la normativa de elecciones a los órganos de representación del personal al servicio de las Administraciones Públicas contenida en la LOR de 1987, tiene como objetivo adecuar la normativa electoral a los nuevos planteamientos para la medición de la representatividad sindical: medición continuada, celebración de elecciones conforme caducan los mandatos representativos y acreditación de dicha representatividad en el momento de ejercicio de las funciones, sin necesidad de proclamación global de resultados. Estos cambios, introducidos originariamente en la revisión de la normativa electoral de la LET por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, hacían necesaria también la reforma de la Ley orgánica de Libertad Sindical, como lo recoge la disposición final primera de la Ley precitada.

(87) Ojeda Avilés, A.: "Los derechos de representación y negociación colectiva de los funcionarios en la Ley 9/87, de 12 de mayo", *RL*, 199, II, págs. 219-221; Carrera Ortiz, C.: "Naturaleza y eficacia jurídica de la negociación colectiva en la función pública en España", *REDT*, nº 38 (1989), págs. 273-275. Ello no obstante, según ya se expresaba en el texto, hay que distinguir en la negociación colectiva regulada en la LOR entre los Acuerdos, que son "reglamentos negociados", y los Pactos, que son convenios colectivos similares a los previstos en la legislación laboral; no obstante, Sala Franco y Roqueta Buj, prefieren atribuir a éstos últimos el carácter de "contratos normativos", *Derechos sindicales de los funcionarios públicos*, cit., pág. 279; Gómez Caballero, P.: *Los derechos colectivos de los funcionarios*, cit., págs. 229- 230 y 336.

(88) López Gómez, J.M.: *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 430.

Pues bien, en la Ley 18/1994, se ha visto, con toda razón<sup>89</sup>, “una nueva norma de convergencia entre los regímenes laboral y funcionarial en materia de elecciones a órganos de representación unitaria”, mediante la que se reducen las diferencias que, desde 1987, mantenían las elecciones a representantes del personal funcionarial con las de los trabajadores<sup>90</sup>.

Como características de esta reforma, se ha resaltado la mayor sindicalización y el retroceso del intervencionismo administrativo en la configuración de los procesos electorales. Sin embargo, no sólo se fortalece la posición de los sindicatos interprofesionales más representativos, sino que la Ley 18/1994 también da un trato especial en este terreno a los sindicatos suficientemente representativos en el ámbito funcionarial (los que superen el 10 por ciento del total de los miembros de los órganos colectivos de representación de los funcionarios en el conjunto de las Administraciones Públicas en todo el territorio nacional). De otra parte, la nueva legislación permite advertir que se establece una cierta diferenciación entre los mismos sindicatos suficientemente representativos en las Administraciones Públicas, atribuyendo mayores competencias a aquellos que acrediten esta mayor representatividad en el conjunto de aquellos respecto de los que sólo la tengan en determinados ámbitos funcionales<sup>91</sup>.

Los cambios introducidos por la Ley 18/1994 son, en fin, muy distintos e importantes, no siendo éste el momento de describirlos siquiera sea de forma sintética: hay una ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley; una nueva conformación de las unidades electorales, aunque sigan estando configuradas por la Ley; se establece un diferente procedimiento para la promoción de las elecciones y la formación de candidaturas; etc. Singular entidad

(89) Escudero Rodríguez, R.: “La reforma de la normativa electoral funcionarial: un nuevo hermanamiento con la Legislación Laboral”, *RL*, 1994, T. II, págs. 1096 y ss.

(90) Del Rey Guanter, S.: *Comentarios a la Ley de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1988 págs. 121 y ss.

(91) Sobre la situación anterior, García Murcia, J.: “Libertad Sindical y Representatividad de los Sindicatos en la Función Pública”, en AA. VV., *Seminario sobre relaciones colectivas en la Función Pública* (Universidad Hispano-Americana de La Rábida, 1989) Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, págs. 143-148. Para la nueva regulación, Escudero Rodríguez, R.: “La Reforma de la Normativa Electoral...”, cit, págs. 1.098 y ss.

reviste la introducción, también en el ámbito de la función pública, del procedimiento arbitral para dar cauce a las reclamaciones planteadas con ocasión de las elecciones a representantes colectivos de los funcionarios, aunque en algunos supuestos la ubicación de tal procedimiento sólo sea potestativa. La simbiosis entre la normativa funcionarial y la laboral se pone de manifiesto de manera especial en la regulación del procedimiento arbitral en uno y otro bloque regulador, estableciéndose, incluso, una remisión expresa (la del nuevo art. 28.3 de la LOR) a la legislación laboral, para el supuesto de que no hubiera acuerdo en el nombramiento de los árbitros.

Esta reforma tiene, sin embargo, un remate de significado muy relevante en la disposición adicional única de la Ley 18/1994, que modifica el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990, extendiendo el conocimiento de la Jurisdicción Social a los procesos en materias electorales a órganos de representación del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Tal reforma está precedida por la de los nuevos artículos 27.4 y 29.3, que atribuyen, respectivamente, al orden Social jurisdiccional el conocimiento de la impugnación de la resolución denegatoria del registro del acta electoral y la del laudo arbitral; a tal fin, deberán utilizarse las modalidades procesales reguladas en los artículos 127-136 de la Ley de Procedimiento Laboral, en la nueva redacción incorporada por la Ley 11/1994 actualmente recogidas en el Texto Refundido LPL de 1995 (R.D. Leg. 2/1995). Sin duda se trata de una opción coherente con la regulación establecida, que acentúa la convergencia del régimen funcionarial con el laboral en su mismo punto de arranque: las elecciones a órganos de representación que son el instrumento medidor de la representatividad sindical, esto es, en definitiva, respecto del mecanismo de selección de los sindicatos dotados de mayor representatividad con carácter intersectorial y en el sector funcionarial en sus distintos ámbitos funcionales y territoriales. Lo que pierde sentido con esta atribución de jurisdicción al orden Social es la excepción del art. 3.c de la LPL, que excluye del conocimiento del orden jurisdiccional social la tutela de los derechos de libertad sindical y del derecho de huelga de los funcionarios públicos, salvo que se pretenda crear con la atribución a la jurisdicción contencioso-administrativa del conocimiento de estas materias una jurisprudencia paralela<sup>92</sup>.

(92) Sobre el tema, los estudios contenidos en el volumen sobre *Problemas de delimitación de competencias entre el orden contencioso-administrativo y el orden social de relaciones laborales en el sector público*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial 1993.

## X. REGIMEN FUNCIONARIAL Y LABORALIZACION DEL EMPLEO PUBLICO EN ESPAÑA: REFLEXIONES CRITICAS ACERCA DE UN PROCESO ABIERTO

Al filo de la proyección a lo largo de la última década de los principios, instrumentos e institutos del Derecho del Trabajo sobre el régimen de la función pública, me parece conveniente añadir las siguientes consideraciones:

A) El proceso de laboralización del sector público en España es un fenómeno muy reciente, pudiéndose situar su arranque en la fase de la transición política y, sobre todo, a partir del régimen constitucional que se inicia en 1978, y que mantiene como nota dominante su intensidad y aceleración, en contraste con lo sucedido en otros países. Se trata, además, de un proceso abierto, tanto porque el estatuto de los funcionarios públicos, está pendiente de elaboración y la normativa legal vigente tiene carácter provisional, como por la forma fragmentaria y ocasional con la que se vienen definiendo “las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen jurídico de sus funcionarios” (art. 149.1, 18<sup>a</sup> CE), fundamentalmente por disposiciones legales dispersas y a través de pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

B) En el ámbito de la función pública en España han incidido una serie de factores que están en la raíz de los cambios experimentados ya y de otros en fase de gestación: la Constitución de 1978, puede decirse, ha provocado movimientos sísmicos con epicentros situados en espacios tan diferentes como la nueva organización territorial del Estado, la afirmación de la autonomía de los Entes Locales y el reconocimiento de la libertad sindical; de otra parte, el nuevo sistema jurídico de relaciones laborales, con el pleno reconocimiento de la libertad sindical, del derecho a la negociación colectiva y del derecho de huelga, ha actuado de factor catalizador de cambios importantes en la función pública, a costa del monopolio de la Ley y del principio de jerarquía, para definir el régimen funcionarial. A lo anterior, hay que añadir la aparición tardía y cargada de problemas e insuficiencias, de una regulación parcial y provisional de la función pública, la contenida en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, que fue objeto de cambios importantes por la Ley 23/1988, de 28 de julio, para adecuarla a la jurisprudencia



constitucional. De otra parte, la crisis de empleo -y no sólo las nuevas y mayores necesidades de empleados públicos- propiciaron contrataciones masivas en régimen laboral y funcionarial a través de las ofertas públicas de empleo, con la consiguiente aparición de un sector de mano de obra precaria en el mercado de trabajo público. Como respuesta la necesidad de racionalizar las plantillas de personal de la Administración del Estado y de reducir el gasto público, determinaron que por la Ley 23/1993, de 29 de diciembre se llegaran a introducir las figuras de los planes de empleo y de otras técnicas laborales para llevar a cabo ajustes de personal mediante medidas diversas, incluida la movilidad interna e interadministrativa,... etc.

C) En realidad, estos factores mencionados, a los que se podrían añadir algunos otros no menos importantes, han contribuido a la remodelación de la función pública y a su aproximación al régimen laboral, entre otras en las siguientes vertientes de su regulación jurídica:

a) Se han mantenido las diferencias entre las relaciones estatutaria y la contractual, y si bien en la primera es superior el peso de la Ley y del Reglamento que en las relaciones laborales, estando ausente también la autonomía de la voluntad, no se puede dejar de señalar que cada vez es mayor el papel desempeñado por la negociación colectiva funcionarial. En el régimen estatutario de los funcionarios se ha producido, en algunas materias, una aproximación, cuando no coincidencia, con la regulación mínima de los derechos de los trabajadores contenida en el actual Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Pese a todo, las diferencias existen, y seguirán existiendo en ciertos bloques de condiciones de trabajo en los que existe mayor libertad de negociación colectiva para el personal laboral o unos niveles superiores de derechos garantizados por la Ley para los funcionarios, por lo que no dejarán de producirse tensiones entre ambos colectivos.

D) No obstante, ha sido la traslación de las técnicas e instrumentos de protección colectiva del Derecho del Trabajo (derecho de sindicación, de huelga, negociación colectiva y participación del personal) las que han tenido efectos más decisivos en la configuración de un nuevo modelo de relaciones profesionales en la función

pública. Aún más, que la Ley no haya llevado a cabo una regulación de las peculiaridades del derecho de sindicación de los funcionarios, tal y como ordenaba la CE (art. 103.3) ha generado un margen de inseguridad que está en la raíz de conflictos funcionariales, por una apuesta al alza en favor de la equiparación total con los trabajadores y de los límites introducidos *a posteriori* por la jurisprudencia constitucional y por la Ley.

E) La aproximación del régimen funcionarial al laboral en los últimos años se ha propiciado por la Administración del Estado y por las confederaciones sindicales más representativas de ámbito estatal y de las Comunidades Autónomas a través de una negociación colectiva en la cúspide sobre ciertos bloques de materias (incrementos retributivos; salud laboral; ofertas de empleo público;... etc.) y para instrumentar una legislación negociada. En otro plano, se han tratado de fomentar fórmulas de negociación colectiva centralizada y unitaria -para funcionarios y empleados laborales- respecto de otros contenidos, con el propósito de formalizar después Acuerdos separados con sujeción a los procedimientos, límites e instrumentos de regulación colectiva específicos de la legislación administrativa o laboral.

F) La presencia de la regulación colectiva para configurar aspectos organizativos y de gestión de la función pública -invocando como fundamento, al menos formalmente, el marco legal de la LOR- se ha llegado a convertir en la práctica en un fin en sí misma, con eficacia legitimadora global para traducir el "sometimiento pleno a la Ley y al Derecho" (art. 103. 1 CE) de las Administraciones Públicas, así como para acometer tareas que trascienden el alcance laboral o profesional de la negociación colectiva, tales como la modernización de aquellas, la definición de un modelo de Administración Pública en el Estado autonómico, la gestión del empleo público y la preparación del nuevo estatuto de la función pública. Tales objetivos ponen de relieve que ha alcanzado una amplitud e intensidad tal la negociación colectiva en el sector público que se ha extrapolado hasta convertirse en negociación política y en participación en el ejercicio de las potestades públicas, a través de pactos globales sobre aspectos tan trascendentes para la organización administrativa como los incluidos en los Acuerdos de 1991 y 1994 entre la Administración del Estado y los Sindicatos.

G) Ante este fenómeno nuevo, y de características muy diferentes a los cambios que experimenta el empleo público en la mayoría de los países europeos, cabe preguntarse si el amplio papel que se viene atribuyendo a la negociación colectiva para modernizar la Administración y diseñar un modelo de función pública se ajusta, o no, al diseño constitucional sobre la Administración como organización instrumental del poder ejecutivo que, con sujeción plena a la Ley y al Derecho, debe hacer posible una gestión 'eficaz,'; es decir, capaz de servir de la manera más completa, y al menor coste, los intereses generales con objetividad, actuando según un principio jerárquico y en un marco que posibilite la realización de los principios de descentralización, desconcentración y coordinación.

Parece llegado el momento de no posponer más el diseño definitivo de una Administración pública del Estado, de definir su coordinación con las Comunidades Autónomas y las Entidades locales, y de no demorar la definición del estatuto de la función pública y de las materias que tienen carácter básico. Esta tarea se debe abordar arrancando de la Constitución y a través de la Ley, sin remitir a la negociación colectiva y a la codeterminación con los sindicatos la gestión de ámbitos de la organización administrativa y de la gestión de personal que son contenido primario de las potestades administrativas, respecto de las cuales la Ley vigente sólo vincula a la consulta con los sindicatos. Retrasar más el establecimiento de una legislación completa sobre las materias mencionadas, y confiar a la negociación colectiva la definición de aspectos organizativos que constitucionalmente corresponde a la ley regular -con la consecuencia de comprometer a los resultados de una negociación permanente aspectos tan capitales como la oferta de empleo público, los planes de empleo, los sistemas y el diseño de las condiciones de ingreso,... etc.- crea serias dudas sobre si no se está desvirtuando la legitimidad democrática y la imparcialidad de la Administración por la incidencia de unas técnicas de control de decisiones gestoras importadas del sector laboral para limitar el ejercicio del poder empresarial. Y ello porque al empleador privado, por definición, no le incumbe actuar un interés público ni general como objetivo primario, ni responde con recursos aportados por la ciudadanía a través de impuestos, teniendo apoyo su legitimidad de origen y de ejercicio en premisas de diferente naturaleza. La tendencia que se ha advertido en los últimos años a una sindicalización de la

gestión administrativa en materia de personal, puede conducir a hipotecar las potestades administrativas en perjuicio de su independencia, objetividad y eficacia, generando una patológica dependencia de los intereses sectoriales en perjuicio de aquellos principios.

H) El concepto de funcionario y, en definitiva, los puestos de trabajo que obligatoriamente se hayan de cubrir con sujeción al régimen estatutario, debería tener el carácter de norma básica para todas las Administraciones públicas, sin perjuicio de que respecto de ciertas áreas funcionales se reconociera la posibilidad de cubrirlos, de forma transitoria o permanente, con personal laboral. También parece conveniente regular con carácter más estricto y seguro los puestos de funcionarios públicos excluidos del acceso a trabajadores de la Unión Europea, aplicando en sus propios términos la delimitación conceptual que ha llevado a cabo el TJCE.

I) El futuro estatuto de la función pública parece conveniente que aborde problemas de coordinación situados en distintos planos y que en la actualidad dan lugar a disfuncionalidades que ponen de manifiesto desigualdades injustificadas. En concreto:

a) El esperado estatuto de la función pública debería distinguir el nivel de la negociación política o, con mayor precisión de consulta-negociación, en su caso, y el espacio disponible para la negociación colectiva de condiciones de empleo y trabajo; espacio que parece razonable coincida con las competencias reglamentarias y ejecutivas de la empleadora pública. Esta regulación, la experiencia lo aconseja, debería ser común para la negociación colectiva funcional y laboral, de manera que se excluya de la negociación lo que ya esté en la Ley o deba regularse por ella, salvo que por ésta sólo establezca un sueldo mínimo.

b) Un segundo plano, en el que la Ley también debería incidir estableciendo una regulación de carácter básico, es en la distinción entre los niveles generales y sectoriales de negociación colectiva, no definiendo con carácter residual y por exclusión las competencias de las mesas sectoriales (art. 31, LOR). La delimitación mediante la Ley de los contenidos de la negociación colectiva en estos dos niveles podría abordar la necesidad de uniformar aspectos importantes de la regulación de las condiciones de empleo, sin per-

juicio de que se respete otro bloque de materias para el nivel de negociación descentralizada.

c) Un tercer plano en el que deberían articularse formulas de coordinación, es en relación con los ámbitos materiales de regulación de condiciones de trabajo por la negociación colectiva en las Comunidades Autónomas. Para ello, ya se dispone de una fórmula de partida en el artículo 5º de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. El objeto de esta coordinación sería conjugar el ejercicio de la autonomía por las Comunidades Autónomas en materia de empleo público con las garantías de la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos y de los deberes constitucionales (art. 149.1.1ª CE), concretada en un servicio a las Administraciones Públicas que la negociación colectiva autonómica tiende a diferenciar, sin que, hasta ahora, quede suficientemente garantizada una igualdad básica por la legislación estatal sobre el régimen estatutario de los funcionarios.

J) Por último, es lo cierto que el Derecho del Trabajo ya ha trasladado al régimen jurídico funcionarial cuantos medios de protección podía ofrecer, con la excepción de la posibilidad de recabar la tutela de los derechos ante la Jurisdicción Social. Hay una etapa siguiente que es preciso contemplar para que no se convierta el ámbito del empleo público en un mercado de trabajo distinto, por privilegiado, a costa del ciudadano. Se trata, en concreto, de que así como en el presente el Derecho del Trabajo no es ajeno a la economicidad de las empresas y a la creación y mantenimiento del empleo productivo, tampoco la función pública puede ignorar los imperativos que imponen una modernización y mayor racionalidad en la actuación de las Administraciones Públicas; objetivos, ciertamente, proclamados de forma reiterada, y con convicción, en los Acuerdos Administración del Estado-Sindicatos de 1991 y 1994. Pero esto supone, a la postre, adoptar las medidas necesarias para traducir con lealtad el mandato constitucional de 'eficacia' que debe presidir la actuación administrativa, y tener disponibles unos resortes jurídicos que permitan conjugar los intereses de los empleados públicos a la estabilidad en sus empleos y promoción profesional con los objetivos de una gestión de personal que garantice su plena ocupación y la posibilidad de adaptar los efectivos personales a las necesidades de funcionamiento de las Administraciones Públicas.

La laboralización como signo de progreso para la función pública y de mayor garantía de los derechos de quienes en ella tienen un empleo, no significa sólo atribuir a éstos unos mayores medios e instrumentos de garantía jurídica de espaldas al interés público y a costa del servicio eficaz que espera el ciudadano. La compleja tarea de enriquecer el régimen estatutario funcional con medios de acción y con derechos ya reconocidos en el Derecho del Trabajo, no puede conducir a una Administración con sus potestades de organización hipotecadas o de límites borrosos, lenta en sus reacciones y dominada por intereses sectoriales. Aún más, la solución para romper lo que puede ser un bloqueo de la funcionalidad de las Administraciones Públicas, no está en seguir la ruta de la "huida del Derecho Administrativo", como tampoco en postular un "Estado mínimo" o un "Estado ligero" que renuncie a parcelas de actividad. Antes bien, corresponde a la Ley simplificar y ajustar unas reglas de juego capaces de hacer compatibles la protección de los intereses públicos con la garantía de los derechos de los profesionales que los sirven; unas reglas que permitan a las Administraciones públicas actuar con la necesaria objetividad y responsabilidad en la gestión, impidiendo que una y otra se enturbien o se fragmenten, respectivamente, por una concurrencia no articulada con claridad de instancias de poder o de niveles de decisión.