

REFLEXIONS SOBRE LES VINCULACIONS CONSTITUCIONALS EN MATÈRIA D'OCUPACIÓ PÚBLICA

Miguel Sánchez Morón

Catedràtic de dret administratiu
de la Universitat d'Alcalá de Henares

1. El problema

L'ocupació pública al nostre país es troba, com en d'altres, en una situació convulsa i mancada de perspectives clares.

Aquesta situació es deu sobretot als canvis que està experimentant l'Estat —entès aquí com el conjunt dels poders públics— en les darreres dècades, i no tan sols als canvis reals que ja s'han produït sinó també a les expectatives i les necessitats de transformació que es desitgen o que s'intueixen. En resum, les exigències de major competitivitat derivades del sistema econòmic mundial actual indueixen, d'una banda, a reduir el pes del sector públic en el conjunt de l'economia, com també la pressió fiscal i la despesa pública, i de l'altra, a augmentar d'una manera significativa l'eficàcia i l'eficiència de l'Administració, de la qual es reclamen estàndards de funcionament similars als de l'empresa privada.

Aquests objectius (no gens fàcils) s'intenten assolir mitjançant diverses mesures. D'una banda, l'Estat abandona a la iniciativa privada activitats econòmiques que duia a terme fins ara, normalment a través d'empreses públiques o participades amb forma de societat mercantil. Aquesta privatització en sentit propi o desaparició (incompleta) de l'«Estat-empresari» no afecta, però, si no és d'una manera insignificant, l'ocupació pública en el sentit jurídic del terme. Amb això vull dir que anteriorment els treballadors de les empreses públiques es regien exclusivament pel dret laboral. La privatització d'aquestes empreses estalvia certs controls públics sobre les despeses globals de personal i pot produir alguns efectes indirectes sobre les relacions sindicals que s'hi produeixen o sobre el nombre d'empleats. Però, jurídicament parlant, la situació dels treballadors no canvia gens amb aquestes privatitzacions.

Una segona tendència que s'observa és la major utilització de formes de gestió indirecta dels serveis públics. No em refereixo només als serveis públics *econòmics* (transports, comunicacions i telecomunicacions, sector audiovisual, subministrament d'aigua, gas o electricitat...). Molts d'aquests serveis ja eren gestionats tradicionalment mitjançant contractes, si no eren gestionats per organismes i empreses públiques avui en procés de privatització. És lògic que aquests serveis, que en part es troben sotmesos a les regles de la competència, siguin gestionats mitjançant fórmules empresarials, fins i tot quan l'Administració manté la titularitat del servei. Però aquesta conseqüència no sempre és obligada i, no obstant això, cada cop s'opta més per contractar la realització d'aquestes activitats amb empreses privades.

Però, a més, la preferència per la gestió indirecta ha arribat o està arribant als *serveis d'interès general no comercials*,¹ com la sanitat i els serveis socials (en aquest darrer cas a través d'empreses o del voluntariat social), i ja no diguem l'educació en els seus diferents nivells, que sempre ha admès la concurrència del sector privat amb el públic. És més, cada cop és més freqüent que les administracions contractin amb persones o entitats privades l'assistència i la defensa jurídica (és el cas de molts ajuntaments, de comunitats autònomes i d'organismes públics), l'assistència econòmica i tècnica, la seguretat d'edificis, instal·lacions i llocs públics i fins i tot la realització de funcions purament burocràtiques de tramitació d'alguns expedients. Fins i tot aquest servei tan essencial que és l'Administració de justícia veu com creix la «competència» de l'arbitratge i altres mitjans extrajudicials de resolució de conflictes.

Aquesta tendència sostinguda afecta l'ocupació pública en la mesura que la va reduint a poc a poc i acabarà per rebaixar-la substancialment, com ja ha passat en altres països. Per això no és insòlit que les administracions redueixin el propi personal, que els sindicats pactin a la baixa la cobertura només d'una part de la taxa de reposició d'efectius² i —encara que amb criteris rígids— que s'estableixin pressupostàriament límits màxims de cobertura.³ És més, fins i tot es pot endevinar que una de les finalitats principals que pretenen mitjançant l'increment de la gestió indirecta de serveis i activitats públiques és precisament limitar i reduir l'ocupació pública.

Encara hi ha un tercer tipus de mesures que afecten l'ocupació pública. Es tracta de la utilització de formes juridicoprivades d'organització i gestió d'activitats administratives, un model que també s'ha escampat com una taca d'oli. I no al·ludim aquí al supòsit de les societats mercantils de capital públic o controlades per les administracions públiques, sinó a entitats de dret públic que exerceixen les seves activitats amb subjecció a dret privat o que, en tot cas, contracten el seu personal (o la gran majoria) en règim laboral. És el cas de les anomenades per la LOFAGE «entitats públiques empresarials», que realitzen prestacions, gestionen serveis o produeixen béns d'interès públic susceptibles de contraprestació (art. 53.1).⁴ Però no és només això. Altres entitats o organismes públics que duen a terme funcions de regulació i control mitjançant l'exercici de potestats públiques inequívokes també sotmeten el règim del seu personal al dret del treball, com la Comissió Nacional del Mercat de Valors, l'Agència de Protecció de Dades i la Comissió del Mercat de les Telecomunicacions.⁵ A més, algunes activitats administratives relatives a projectes,

1. Per utilitzar la terminologia que comença a assentar-se a la Unió Europea. Vegeu, sobre això, la Comunicació de la Comissió de les Comunitats Europees, d'11 de setembre de 1996 (COM, 96, 443), intitulada *Los servicios de interés general en Europa* (DOCE, de 26 de setembre de 1996).

2. Acord Administració-sindicats per al període 1995-1997 sobre condicions de treball en la funció pública, de 15 de setembre de 1994 (BOE de 20 de setembre de 1994).

3. Així, a les lleis de pressupostos per a 1997 i 1998 s'ha establert que el nombre de places de nou ingrés que s'ha de convocar ha de ser inferior al 25% de la taxa de reposició d'efectius, llevat d'excepcions, en totes les administracions públiques.

4. Vegeu l'art. 55 de la LOFAGE, segons el qual el règim normal del personal de les entitats públiques empresarials és el laboral, encara que excepcionalment s'admeti personal funcionari en aquestes entitats.

direcció i vigilància d'obres i matèries afins, exercides abans directament pels ministeris i les confederacions hidrogràfiques, s'estan transferint a noves entitats com l'Ens Gestor d'Infraestructures Ferroviàries (GIF) o a entitats o societats dependents, i totes elles contracten el seu personal en règim laboral.⁶ L'Administració fins i tot intenta —sembla que amb no gaire èxit— que els funcionaris que fins ara havien prestat aquests mateixos serveis a l'Administració de l'Estat acceptin ser contractats com a personal laboral pels nous ens i societats públiques.

Encara que aquests darrers canvis organitzatius no tenen com a única (ni, en molts casos, principal) finalitat la fugida del règim funcionarial, sinó més aviat preocupacions de tipus pressupostari i comptable i d'autonomia de gestió, el cert és que afecten directament el nostre sistema d'ocupació pública. Si a tot el que hem dit sumem que una part important dels empleats de les administracions territorials i dels organismes públics de més antiguitat ja abans dels últims canvis legislatius es regien pel dret laboral, podem veure que assistim a un procés progressiu, però ininterromput, de «privatització» o laboralització de l'ocupació pública,⁷ paral·lelament al procés de reducció d'efectius.

Certament, el prestigi del règim funcionarial o estatutari no es troba en el seu millor moment. Sinó ben al contrari, pateix a la pròpia pell el descrèdit de la burocràcia i el recel cap a les coses públiques com a font d'ineficàcia, de prebendes de tota mena i de petites o grans corrupteles.

El pitjor de tot és que gran part dels recels són plenament justificats. Ja sigui per les reminiscències del vell corporativisme —ja fa temps en decadència, però encara actiu en algunes àrees de l'Administració de l'Estat—, ja sigui per l'actitud gremialista dels sindicats,⁸ el règim funcionarial es contempla des de la societat com un sistema d'ocupació massa rígid i garantista, excessivament formalitzat, poc versàtil, desincentivador de l'esforç professional, anquilosat i privilegiat. Al mateix temps, i a conseqüència del clientelisme polític dels darrers anys, també es contempla com una font de desigualtats socials i personals en relació amb el problema que més angossa la nostra societat, la manca de feina segura i estable.

Però ja no es critiquen els «excessos» del sistema. La crítica, no sempre justa,

5. Vegeu les lleis 24/1988, de 28 de juliol, de la Comissió Nacional del Mercat de Valors; 5/1992, de 29 d'octubre, de l'Agència de Protecció de Dades; el Reial decret llei 6/1996, de 7 de juny, i la Llei 12/1997, de 24 d'abril, sobre la Comissió del Mercat de les Telecomunicacions.

6. Vegeu la Llei 13/1996, de 30 de desembre (art. 161) i el Reial decret 613/1997, de 25 d'abril, que aprova l'Estatut del GIF (art. 33 i seg.).

7. Convé destacar que aquest procés es manté independentment del canvi de govern que es va produir el 1996, la qual cosa dóna idea que és una tendència sostinguda i no conjuntural o ideològica. També cal tenir en compte que algunes modificacions recents de les lleis de funció pública amplien els supòsits en què es permet la contractació laboral d'empleats públics. Així, la Llei 42/1994, de 30 de desembre, de pressupostos generals per a 1995, que inclou en l'art. 15.1.c de la Llei de mesures per a la reforma de la funció pública els «llocs amb funcions auxiliars de caràcter instrumental i suport administratiu».

8. Sobre aquesta actitud sindical davant la funció pública, és molt il·lustrativa la crítica que realitza J. Mauri Majós en el seu treball excel·lent «Problemas de la representación sindical y la negociación colectiva en la función pública: convergencias y divergencias con el empleo privado», publicat en el núm. 241-242 de *Documentación Administrativa* (1995).

arriba fins al mateix model de funció pública, ja que el fracàs dels successius projectes de reforma i modernització han creat la tan estesa sensació que és un sistema gairebé impossible de reformar. D'aquí ve la tendència, que dirigents de governs molt diferents i partits polítics diversos comparteixen —en general de manera no explícita—, que és convenient reduir-lo a la mínima expressió (davant la impossibilitat real i jurídica d'eliminar-lo).

A aquesta tendència, que avui sembla imparabile si es tenen en compte les novetats legislatives més recents,⁹ s'hi oposa una resistència seriosa. No tan sols pels directament interessats —d'aquí els processos de «funcionarització», reclamats pels sindicats més enllà del que és exigible constitucionalment,¹⁰ o la recuperada activitat i presència de les associacions professionals de funcionaris—, sinó també per una part de la doctrina jurídica, que acostuma a insistir en la merma de garanties d'imparcialitat que comporta l'abandonament del règim funcional. Aquestes objeccions no estan pas mancades de part de raó, ja que sovint «cercar l'eficàcia administrativa» ha servit de simple excusa per relaxar el compliment de la legalitat i la contractació de personal laboral ha estat un expedient al servei del clientelisme, a falta de prou garanties d'objectivitat.¹¹

El que passa és que algunes crítiques, potser massa enceses, semblen ancorades en un passat al qual és impossible retornar, ja que no capten la profunditat de les transformacions que s'estan produint en el pla de la dimensió i de l'organització administrativa, en la cultura política i en el sistema de valors socials.

Aleshores, què cal fer amb l'ocupació pública? La qüestió és tan complexa que només es pot abordar seriosament en un clima menys passional que el que hem sofert durant els darrers anys en la política espanyola (feliçment, però, no ha estat així en la de Catalunya i en la d'altres comunitats autònomes). Menys passional i menys ideològic, ja que no hi ha receptes màgiques ni solucions universals. Al contrari, no deixa de cridar l'atenció que l'harmonització progressiva de la legislació europea no hagi alterat gens la diversitat de règims d'ocupació pública present en els països de la Unió. En el seu si conviuen sistemes de virtual privatització de l'ocupació pública, com el suec,¹² o en procés de privatització, com l'italià,¹³ junta-

9. A part de les dades legislatives exposades, l'autor d'aquestes pàgines no té dades sociològiques precises sobre l'evolució de l'ocupació pública en els últims dos anys, dades que probablement conformaran la tendència apuntada.

10. Entenem per exigible constitucionalment els processos de funcionarització que deriven de l'execució de la STC 99/1987 que va dur a terme la Llei 23/1988, de 2 de juliol, en reformar l'art. 15 de la Llei de mesures per a la reforma de la funció pública. No obstant això, en algunes administracions el procés de funcionarització de personal laboral ha anat més enllà, sobretot en les administracions locals, que acostuma a ser el sector més receptor a les demandes (o pressions, segons com es miri) dels sindicats.

11. Sobre això és interessant el treball de F. A. Castillo Blanco, «Las problemáticas fronteras entre el derecho laboral y el derecho administrativo: a propósito de los contratos temporales en el sector público», a REDA, núm. 86, 1995.

12. Sobre el model suec actual, molt desconegut en el nostre país, vegeu L. Gustafsson, «Participación y racionalización en el área de recursos humanos: reforma de la gestión y el empleo público en Suecia», a *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 2, 1995.

13. Pel que fa a la reforma italiana de 1993, remeto al meu treball «Sobre la reforma administrativa italiana del período de transición, con especial referencia a la organización administrativa y al empleo público», RAP, núm. 134, 1994; vegeu també M. Martínez Bargueño, «La reforma de la

ment amb d'altres en què el règim estatutari de carrera continua essent el segell d'identitat, com el francès,¹⁴ o sistemes duals com l'alemany¹⁵ i l'espanyol, o les peculiaritats, antigues o recents, del sistema britànic.¹⁶

En definitiva, es tracta d'aconseguir una ocupació pública de qualitat, que no sigui una rèmora per al progrés del país i, per tant, per a les reformes necessàries que ha d'experimentar l'Administració i el sector públic. Però que garanteixi al mateix temps la igualtat d'oportunitats de tots els ciutadans en l'accés als càrrecs públics i la imparcialitat en l'exercici de funcions públiques que la requereixin (com la requereix el bon funcionament del mercat i de la societat, que no poden quedar sotmesos a preferències personals o partidistes).

Per aconseguir aquest objectiu cal fer un debat serè i realista. Un debat que no idealitzi un model de funció pública que fa temps que va deixar de funcionar (i valgui la redundància) adequadament i que entre nosaltres —siguem sincers— tampoc no ha estat capaç d'assolir les garanties d'objectivitat i legalitat en què es funda teòricament. Un debat que no obliidi, però, que l'ocupació pública no es pot assimilar en tot al sistema privat, ja que hi ha principis i valors polítics i jurídics que imposen peculiaritats i garanties per raons evidents de veritable interès públic.

Segons el meu parer aquest debat ha començat a produir-se¹⁷ i cal esperar que serveixi d'orientació al legislador (estatal i autonòmic) en les reformes que encara cal fer (sempre i quan no prevalgui l'interès purament partidista d'aprovar «la llei» al més aviat possible). Aquest treball pretén ser una aportació modesta a aquest debat, en línia amb les opinions que ja he tingut ocasió d'exposar sobre això altres vegades.¹⁸

relación de empleo público en Italia», *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 2, 1995. Últimament, A. Corpaci, «Reformas en la laboralización de la relación de empleo público en Italia: aspectos constitucionales y referencia a la normativa más reciente», a *Documentación Administrativa*, núm. 243, 1995.

14. No obstant això, cal dir que a França, juntament amb el règim funcionarial preferent, les administracions també recluten part del seu personal mitjançant contractes laborals o privats i existeix una extensa gamma d'*agents non titulaires* (auxiliars, interins, empleats temporals, contractats administratius) que no tenen consideració de funcionaris.

15. Vegeu el treball recent de M. Bacigalupo Sagesse, «Reducció i laboralització de la funció pública alemana en el marco del proceso de privatización de los servicios públicos en los años noventa (en particular la privatización del control aéreo, los ferrocarriles, el correo y las comunicaciones)», a *Documentación Administrativa*, núm. 243, 1995.

16. Vegeu S. Richards, «La función pública en Gran Bretaña a partir de 1979. Cambios en la gestión de las personas», a *Política i Sociedad*, núm. 13, 1993. En general, per a l'estudi comparat de la funció pública a Europa (i altres estats occidentals), J. Ziller, *Administrations comparées*, París, 1993 i D. C. Rowat, *Public Administration in Developed Democracies*, Nova York, 1988. A la nostra bibliografia recent, es pot veure una resumida anàlisi comparada a M. Villoria Mendieta i E. del Pino Maturte, *Manual de gestión de recursos humanos en las administraciones públicas*, Madrid, 1997.

17. En són bona prova els dos últims volums que *Documentación Administrativa* ha dedicat al tema, el núm. 241-242, titular *Sobre la renovación del sistema de mérito y la institucionalización de una función pública directiva en España*, dirigit per J. Prats i M. Férrez, i el núm. 243, intitulat *Función pública y laboralización* i dirigit per J. L. Piñar Mañas. A més, l'elaboració i difusió dels primers esborranys d'un avantprojecte d'estatut bàsic de la funció pública ha generat una polèmica més àmplia en cercles acadèmics, polítics, sindicals i periodístics.

18. Em refereixo, sobretot, al meu *Derecho de la función pública*, 2ª edició, Madrid, 1997, a les pàgines del qual m'he de remetre forçosament per a detalls que no és possible exposar en aquestes més breus.

2. Les alternatives

Del debat actual es desprenen substancialment diverses alternatives que, sense ànim de ser exhaustius, es resumeixen a continuació. Quedi clar que es tracta de posicions estereotipades, ja que les concepcions doctrinals de qui les sostenen solen incloure matisos que no és possible reflectir en aquestes pàgines tan breus.

Hi ha qui considera necessari defensar a ultrança el tradicional sistema funcionarial de carrera i fins i tot retornar-hi en la majoria dels àmbits de l'ocupació pública en què s'ha abandonat (llevar dels treballadors de les entitats públiques empresarials i similars).¹⁹ Els qui pensen així solen defensar els valors de garantia i inamobilitat —en especial l'anomenat «dret al càrrec»— característics del model, que serien imprescindibles per assegurar l'efectivitat dels principis de mèrit i capacitat i la imparcialitat dels servidors públics.

Aquesta primera alternativa, que podríem qualificar de *sistema monista estatutari*, ensopega amb l'evolució social i de l'organització administrativa. En particular, planteja problemes insolubles davant les necessitats actuals de mobilitat funcional i geogràfica en nombrosos àmbits de l'ocupació pública, derivats de l'abandonament d'algunes activitats administratives o la seva substitució per d'altres. En poques paraules, el sistema funcionarial de carrera, adequat per a una administració reduïda i estàtica, lliurada a les funcions burocràtiques de regulació, no ho és tant per a una administració diversificada i en un procés continu de canvi. D'aquí ve la dificultat de fer marxa enrere en la configuració jurídica de la totalitat de l'ocupació pública i la manca de realisme d'aquestes propostes, que la legislació més recent no fa sinó confirmar.

No obstant això, hi ha una variant més matisada que és la que propugna l'aplicació del règim estatutari al gruix de l'ocupació pública, encara que admet excepcions considerables. Aquest és el sistema que podríem definir com de *preferència estatutària*. Sembla que s'hi apunta la jurisprudència més coneguda del Tribunal Constitucional, en particular la que s'expressa a la STC 99/1987, d'11 de juny. Com és sabut, en aquesta Sentència el Tribunal va declarar que la Constitució ha optat «per un règim estatutari, amb caràcter general, per als funcionaris públics», tot i que va admetre que per llei es pogués determinar quins tipus de funcions o llocs de treball poden ser exercits per personal laboral.

Aquesta jurisprudència aboca a una mena de garantia institucional del règim funcionarial o estatutari. Aquest règim ha de subsistir i fins i tot ha de ser el règim «general» (o normal) de l'ocupació pública. Però, ja que no s'impedeix la presència d'empleats públics amb vincle contractual, resulta difícil determinar *a priori* quins empleats s'han de regir per un sistema o per un altre. És més, la nostra Constitució no conté indicacions sobre això, a diferència, per exemple, de la Llei fonamental de Bonn, que reserva als funcionaris sotmesos a normes de dret públic les «funcions de sobirania» o «potestats públiques» (art. 33.4). Per això la llibertat del legislador per concretar els límits entre l'ocupació pública estatutària i laboral és molt àmplia. La nostra Constitució tampoc no defineix què s'ha d'entendre per

19. En aquest sentit, J. R. Parada Vázquez, *Derecho administrativo*, II, 11ª edició, Madrid, 1997. També participa d'aquesta concepció (fins i tot d'una manera més dogmàtica i poc realista), I. Martínez de Pisón, *Régimen jurídico de la función pública y derecho al cargo*, Madrid, 1995.

règim estatutari (encara que l'art. 103.3 fa algunes consideracions sobre la qüestió) ni prescriu, novament a diferència de la Llei fonamental de Bonn, que han de respectar-se els principis tradicionals del règim funcional de carrera. Per tant, el nostre sistema estatutari és susceptible d'evolució dins del marc constitucional.

En tot cas, aquesta doctrina jurisprudencial continua reflectint-se en la legislació general de la funció pública²⁰ i es manifesta també en els esborranys de reforma que s'han conegut en els darrers mesos,²¹ que no introdueixen canvis apreciables en la classificació dels empleats públics i en la determinació de les funcions no reservades a funcionaris. No sembla que els partits que conformen l'actual majoria tinguin altres projectes més innovadors sobre aquesta qüestió i en aquesta posició s'endevina també el suport d'alguns sindicats. Ara bé, la consolidació del sistema de preferència funcional en la legislació general de funció pública no obsta que per lleis especials, de l'Estat i de les comunitats autònomes, es produeixi com amb una mena de degoteig l'exclusió del règim funcional dels nous col·lectius d'empleats públics que es creïn en entitats d'aparició recent o el model organitzatiu del qual es transforma.

Així, fa la impressió que, a falta de convicció suficient, davant les possibles dificultats jurídiques i davant l'oposició real o previsible dels sindicats i dels mateixos funcionaris, s'opta per mantenir en la legislació general una situació incòmoda i de llanguiment, aliena a qualsevol idea substantiva de reforma, mentre que s'intenta fugir-ne a la mínima ocasió.

Des del meu punt de vista, aquesta situació no es pot mantenir durant gaire temps, ja que genera un deteriorament del servei públic, per la manca d'expectatives i de seguretat dels empleats que, davant la incertesa, busquen la seva adaptació particular al sistema. Per això tenen més interès —encara que no s'hagin de veure en un futur immediat— d'altres propostes més ambiciosos i reformistes.

Una de elles, recentment reformulada entre nosaltres,²² propugna la introducció en el nostre país d'una mena de *sistema dual* d'ocupació pública, similar a l'existent a Alemanya. És a dir, el sistema estatutari o «de mèrit», amb tot el que això implica en relació amb les garanties d'imparcialitat, seria aplicable només als

20. Concretament, en l'art. 15 de la Llei de mesures per a la reforma de la funció pública, tal com va quedar redactat en virtut de la Llei 23/1988, de 2 de juliol. Encara que aquest precepte no té caràcter de bàsic, les lleis de funció pública de les comunitats autònomes reiteren el seu contingut, amb cap o molt poques variants.

21. L'últim text de l'esborrany d'avantprojecte d'estatut bàsic de la funció pública que conec en el moment de redactar aquestes línies, amb data de 21 de gener de 1988, recull pràcticament la llista de l'actual art. 15.1.c de la Llei de mesures, sense esmentar ni tan sols entre els supòsits de possible laboralització «els llocs amb funcions auxiliars de caràcter instrumental i suport administratiu», que va introduir la Llei 42/1994. Ara bé, aquest text de l'esborrany d'avantprojecte introdueix un clàusula general de gran ambigüetat, que permet contractar en règim laboral l'exercici de les activitats que «s'estableixin excepcionalment en una norma amb rang de llei, en funció de les peculiaritats dels serveis que s'hagin de prestar». Aquesta clàusula avala l'argumentació que se sosté aquí en les línies següents del text principal.

22. Vegeu J. Prats i Català, «Los fundamentos institucionales del sistema de mérito: la obligada distinción entre función pública i empleo público», a *Documentación Administrativa*, núm. 241-242, cit. La tesi, a més, no és innovadora, com el mateix J. Prats assenyala. Així, ni en el dret comparat, a més del precedent alemany, va ser sostinguda fa alguns anys per a Itàlia per M. S. Giannini en el seu famós *Informe sobre l'Administració pública de 1979*, ni en la doctrina espanyola, ja que ha estat acceptada amb matisos per Garrido Falla i Entrena Cuesta (vegeu J. Prats, *op. cit.*, pàg. 44).

empleats públics que exerceixen funcions d'autoritat, ja que és un sistema que garanteix la seguretat jurídica i la igualtat de tothom davant l'aplicació de la llei, sense manipulacions partidistes o sectàries. En canvi, per a les funcions prestacionals és més adequat el règim contractual, que proporciona una major flexibilitat en la gestió del personal.

Aquesta tesi comptaria fins i tot amb l'aval indirecte de la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Comunitat Europea quant a la possibilitat d'establir un règim propi i diferent per a aquells funcionaris —els que exerceixen funcions de sobirania o potestats públiques—, si bé aquesta jurisprudència comunitària ha estat elaborada només a fi d'evitar la discriminació dels ciutadans d'altres països de la Unió Europea en l'accés als llocs públics.²³

D'altra banda, el criteri no és totalment desconegut en el nostre dret, ja que és el que regeix des de 1985 l'Administració local, en virtut del que disposa l'art. 92.2 de la Llei de bases de règim local (LBRL).²⁴ Per cert, l'aplicació d'aquest criteri —experiència que caldria estudiar amb deteniment— sembla haver propiciat, d'una banda, que el nombre d'empleats de les administracions locals amb contracte laboral sigui superior al nombre de funcionaris locals,²⁵ tal com ha passat a Alemanya. Però, de l'altra, també a semblança del que ha succeït allí, les condicions d'ocupació de funcionaris i laborals s'han equiparat per via de la negociació col·lectiva, de manera que la majoria dels treballadors amb contracte laboral han adquirit un nivell d'estabilitat a la feina i d'inamobilitat en els seus llocs de treball perfectament comparable al dels funcionaris.

La implantació d'un sistema dual planteja, de totes maneres, alguns problemes pràctics. De primer, definir què són les «funcions d'autoritat» o l'«exercici de potestats públiques», qüestió que no és pas senzilla, com ens ensenya l'experiència alemanya.²⁶ Però també determinar si el règim laboral és aplicable sense matisos o peculiaritats a la funció pública, cosa que gairebé ningú no afirma, ja que sembla que hi ha acord en el fet que alguns dels principis constitucionals sobre la «funció pública», començant pel d'accés segons criteris de mèrit i capacitat, són també aplicables als empleats públics amb contracte laboral.²⁷ Així es dedueix de la nostra

23. Sobre aquest aspecte remeto al que exposo en el meu *Derecho de la función pública*, cit., pàg. 122 i seg., on es recull la jurisprudència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees sobre aquest punt. Però, en realitat, aquesta jurisprudència no prejutja en absolut la solució que s'ha de donar al problema de la naturalesa jurídica de la relació d'ocupació pública en els estats membres de la Unió, tal com hem dit anteriorment.

24. Recordem que l'art. 92.2 de la LBRL considera «funcions públiques, el compliment de les quals és reservat exclusivament a personal subjecte a l'Estatut funcionarial, les que impliquin exercici d'autoritat, les de fe pública i assessorament legal preceptiu, les de control i fiscalització interna de la gestió econòmicofinancera i pressupostària, les de comptabilitat i tresoreria i, en general, aquelles que, en desplegament d'aquesta Llei, es reservin als funcionaris per a una millor garantia de l'objectivitat, imparcialitat i independència en l'exercici de la funció».

25. Sobre això, P. A. Martín Pérez, «La función pública local y sus problemas actuales», *Actualidad Administrativa*, núm. 40, 1994. No obstant això, en els darrers anys és potser l'Administració local la que està sentint més pressió dels sindicats a favor de la funcionarització de contractats laborals.

26. Sobre això, últimament M. Bacigalupo, *op. cit.*, pàg. 300 i seg.

27. En aquest sentit, l'opinió del mateix J. Prats, *op. cit.* De la mateixa tesi acostuma a participar la doctrina laboralista que s'ocupa d'aquests temes. Per a tots, T. Saña Franco, *Incidencia de la legislación laboral en el marco de la función pública*, Madrid, 1989.

legislació vigent,²⁸ i ha estat ratificat fins i tot per als empleats de les entitats públiques empresarials.²⁹

Una alternativa més radical —gairebé «revolucionària» en el nostre país— seria la de *privatitzar* o *laboralitzar* el gruix de l'ocupació pública en la legislació general, amb algunes excepcions significatives, que afectarien aquells col·lectius de funcionaris que requereixin més garanties d'independència i inamobilitat (jutges, fiscals...) o que constitucionalment tenen limitats els seus drets sindicals i polítics en garantia de la seva imparcialitat (militars professionals i cossos i forces de seguretat...) o d'altres en què concorren circumstàncies semblants. Aquest és el camí pel qual han passat alguns estats de la Unió Europea, com Suècia, Dinamarca³⁰ i, més recentment, Itàlia.³¹

No obstant això, cal dir que la privatització de l'ocupació pública no ha estat completa en cap cas (en l'aspecte objectiu, del règim aplicable)³² i que s'ha hagut d'encarar a problemes d'execució no gens desdenyables. En tot cas, una solució semblant, encara que potser resideixi en la ment d'alguns gestors públics, dels incondicionals del *management* públic i d'alguns laboralistes, en el nostre país actualment no té cap mena de suport polític i sindical (a diferència d'Itàlia), per la qual cosa no resulta viable almenys a curt termini. Però cal recordar un cop més que el que no s'admet com a opció general, malgrat tot, es palesa en una legislació sectorial cada cop més abundant. D'aquí ve que haguem pogut afirmar al principi d'aquestes pàgines que s'està produint un procés de laboralització limitat i progressiu, però cert.

Encara hi ha una alternativa diferent de les anteriors, que he defensat personalment en un altre lloc.³³ Aquesta alternativa parteix de la idea que hi ha elements del règim de l'ocupació pública aplicables en comú a tots els professionals i treballadors al servei de les administracions públiques (en sentit ampli, inclosos els serveis propis dels òrgans constitucionals i estatutaris), però al mateix temps de la substancial heterogeneïtat dels col·lectius que integren avui la funció pública. En virtut d'aquesta realitat, es tractaria de desmitificar d'un cop per sempre la distinció radical entre funcionaris i laborals —tan arrelada avui en la consciència de molts funciona-

28. Cal recordar que l'article 19.1 de la Llei de mesures per a la reforma de la funció pública aplica els principis de mèrit i capacitar i l'exigència de convocatòria pública per a la selecció tant del personal funcionari com laboral. El Reglament general d'ingrés, aprovat pel Reial decret 364/1995, de 10 de març, va accentuar la tendència a l'equiparació del règim de selecció de tots dos tipus de personal, encara que a la pràctica subsisteixen diferències notables en algunes administracions.

29. L'article 55.2 de la LOFAGE aplica a la selecció del personal laboral d'aquestes entitats, de manera expressa, l'exigència de «convocatòria pública basada en els principis d'igualtat, mèrit i capacitat».

30. Vegeu Villoria Mendieta i Del Pino Matute, *op. cit.*, pàg. 62. Per a Suècia, Gustafsson, *op. cit. loc. cit.*

31. Vegeu les referències bibliogràfiques citades a la nota 13.

32. Així, en el cas d'Itàlia, segons l'art. 2 de la Llei 421 de 1992, van quedar exclosos de la negociació col·lectiva com a forma de regulació de les relacions de servei i, en conseqüència, reservats a les normes legals i reglamentàries i actes administratius els aspectes relatius a la responsabilitat del treballador públic, l'organització del servei, inclòs l'horari de treball i els procediments de mobilitat, la forma d'atribució de la titularitat dels òrgans, la selecció de personal i els concursos interns de promoció, la determinació de plantilles i llocs de treball, la garantia de llibertat de càtedra i de l'autonomia fiscal en l'execució de les funcions didàctiques, científiques i d'investigació i el règim d'incompatibilitats.

33. *Derecho de la función pública, cit.*, pàg. 63 i seg. entre altres escrits.

ris— per coincidir en una regulació unitària del contingut mínim de *tota* relació d'ocupació pública, que deixi pas a una pluralitat de regulacions sectorials o específiques, adequades a les característiques funcionals de cada col·lectiu. L'«estatut dels funcionaris» seria, en aquesta concepció, la regulació de les *peculiaritats* de l'ocupació pública, peculiaritats de caràcter jurídicopúblic que serien en part comunes i en part específiques.

No es tracta de diferenciar només els que exerceixen funcions d'autoritat o potestats públiques de la resta dels empleats públics, ni d'establir una preferència pel règim funcional o pel laboral amb algunes excepcions. La naturalesa del vincle jurídic que uneix cada empleat amb l'Administració no es pot erigir en una barrera absoluta de diferenciació, sinó que ha de tenir un lloc secundari. El que és important és el *contingut substantiu* del vincle o, més exactament, de la relació d'ocupació pública. Sobre això, els elements procedents del règim funcional clàssic i del dret laboral es poden combinar d'una manera diferent, en una *escala de publicitat* que vagi des dels treballadors de les entitats públiques empresarials, gairebé tots ells sotmesos al dret laboral, fins als jutges i magistrats, forces armades i d'altres col·lectius per als quals el dret laboral no s'apliqui en absolut, encara que sí els principis generals mínims de tota relació d'ocupació (per exemple, la prohibició de discriminació, el dret a la promoció i formació professional, a una política adequada de seguretat i higiene, al respecte a la intimitat i dignitat del treballador, a percebre puntualment la seva remuneració, a l'exercici de les accions i recursos en defensa dels seus drets i interessos professionals, drets previstos avui en l'art. 4.2 de l'Estatut dels treballadors).

Aquesta última alternativa, que podríem definir com la de *l'estatut unitari bàsic de l'ocupació pública* actualment pot plantejar —és just reconèixer-ho— certs problemes d'incomprensió i rebuig, sobretot en col·lectius i funcionaris que tinguin interioritzat un *esprit de corps* o un cert «complex de superioritat» (perquè no dir-ho) sobre la resta de treballadors, derivat sobretot de l'esforç realitzat per ingressar en la funció pública. Per descomptat, no podem obviar que les exigències per a l'accés a la funció pública dels contractats laborals històricament han estat molt inferiors i encara continuen essent-ho, tot i que cada cop menys. Tampoc es tracta de convertir de cop i volta els contractats en funcionaris, decisió que comportaria seriosos inconvenients d'inconstitucionalitat. Però la percepció psicològica de la diferència essencial entre un funcionari i un contractat laboral cada dia té menys suport en la cultura del nostre temps i en la mateixa legislació.

En certa manera, sobre aquesta qüestió està passant una cosa semblant al procés de laboralització. Els grups polítics majoritaris, abans i ara, no sembla que s'atreveixin a plasmar la idea de l'estatut bàsic comú de la funció pública en un text legislatiu. En són una bona prova els esborranys de l'Avantprojecte d'estatut bàsic de la funció pública que s'han anat coneixent des de l'hivern de 1997. No obstant això, a poc a poc s'amplia la legislació aplicable en comú a tots els empleats públics, amb vincle estatutari o contractual³⁴ i a poc a poc aspectes de la regulació aplicable a

34. Així, el règim d'incompatibilitats, el de la Seguretat Social (excepte per als funcionaris de l'Administració de l'Estat), la regulació del dret a la sindicació (llevat del sistema de representació del personal) i vaga, plans d'ocupació, oferta d'ocupació pública, legislació sobre riscos laborals, etc.

ambdues categories d'empleats es van aproximar.³⁵ I encara més, en l'àmbit de l'Administració local (i d'algunes comunitats autònomes), la unificació de continguts de les relacions d'ocupació que no ha tingut lloc per via legislativa ha pres cos i fins a extrems de virtual equiparació per la via de la negociació col·lectiva. En molts àmbits, doncs, les diferències jurídiques entre el funcionari i el contractat laboral fix de categoria i especialitat similar s'han reduït pràcticament a zero.

Heus aquí, en síntesi, un panorama general de l'evolució del debat jurídic sobre l'ocupació pública i de la legislació corresponent (en els aspectes que ens interessin). Un cop exposat, i de cara al futur, hem d'analitzar quins són els condicionants constitucionals de les reformes o les modificacions del règim jurídic que es puguin dur a terme.

3. Les vinculacions constitucionals

A) *La flexibilitat del marc constitucional*

En endinsar-nos en aquest aspecte, el primer que cal dir és que la Constitució no prefigura un model determinat de funció pública o un règim precís per a l'ocupació pública. En realitat, tan sols conté algunes regles sobre la matèria, de les quals és exagerat deduir que els constituents es van inclinar per un o altre sistema històric. Aquestes regles són establertes en els articles 23.2, 28, 103.3 i 149.1.18, i cal afegir-hi altres referències o al·lusions a cossos o classes determinades d'empleats públics, com els membres de les forces armades i d'altres instituts o cossos sotmesos a disciplina militar (art. 28.1 i 29.2), el personal de les Corts Generals (art. 72.1), les forces i cossos de seguretat (art. 104), els jutges i magistrats (art. 117, 122.1 i 127) i fiscals (art. 124 i 127). Per descomptat, molts altres principis i regles constitucionals afecten el règim jurídic dels empleats públics, en especial els que regulen els fonaments institucionals del règim jurídic de les administracions públiques (art. 103 i següents).

En conseqüència, la regulació constitucional de l'ocupació pública és una regulació molt *oberta*, encara que ancorada en algunes regles limitadores. Aquesta característica, que la diferencia per exemple de la regulació molt més precisa que conté la Llei fonamental de Bonn, impedeix, al meu parer, afirmar amb rotunditat que la Constitució ha optat amb caràcter general per un règim estatutari per a l'ocupació pública. Aquesta declaració, continguda en la STC 99/1987, és molt discutible, ja que en la Constitució no es diu res sobre això, sinó que només s'hi parla d'un «estatut dels funcionaris públics», sense precisar a quants i a quins em-

35. És el cas de la selecció de personal, de la regulació de jornada, horaris, vacances i permisos, règim de jubilació, algunes situacions administratives i fins i tot els principis del règim disciplinari i els límits pressupostaris de la negociació col·lectiva. L'Avantprojecte d'estatut bàsic de la funció pública fa un pas endavant en aquesta direcció, en establir que el personal laboral es regeix, «a més de per l'Estatut dels treballadors, les seves normes de desplegament i convenis col·lectius, pels preceptes d'aquesta Llei que així ho disposin» i que «mitjançant la negociació col·lectiva, les condicions de treball del personal laboral s'adequaran a les del personal funcionari...», d'acord, fins i tot, amb els principis bàsics assenyalats en el text com a propis de la funció pública.

pleats s'ha d'aplicar ni en què consisteix o quin ha de ser el contingut d'aquest «estatut». Com ja he exposat anteriorment,³⁶ el Tribunal Constitucional en realitzar aquesta declaració no va fer res més que interpretar el concepte constitucional de funcionari d'acord amb el sentit de la legislació vigent quan es va aprovar la Constitució. Aquest és un criteri vàlid d'interpretació, però no l'únic ni definitiu. És més, només pot tenir un abast relatiu, amb el risc de petrificar un model d'ocupació pública determinat i impedir qualsevol evolució (si no és mitjançant reforma constitucional). Però és difícil admetre que la nostra Constitució, tan difícil de modificar a la pràctica, hagi perseguit aquest fi.³⁷ La Constitució no introdueix un factor de rigidesa semblant, ni tampoc l'ha introduït en realitat la jurisprudència constitucional, malgrat aquell desafortunat *obiter dictum*, ja que a part que la jurisprudència és, per la seva pròpia naturalesa, evolutiva, el cert és que la STC 99/1987 (i cap altra) no impedeix que existeixin empleats públics amb vincle contractual ni estableix uns criteris concrets sobre la reserva de funcions als funcionaris públics, i el que fa és remetre la decisió al legislador, reafirmant, això sí, l'existència d'una reserva de llei sobre això.

Per tant, si prescindim de la vaga i indefinida «preferència» pel règim funcional, podríem concloure que, amb els límits a què em referiré més endavant, dins del marc constitucional és possible adoptar qualsevulla de les alternatives que s'han enunciat abans. Des de la que propugna la funcionarització total (o gairebé) de l'empleat públic fins a la que pretén la contractualització del vincle de la majoria dels empleats públics, encara que certament en aquest cas amb més matisos. Per descomptat, res no s'oposa al fet que el legislador vagi aplicant el règim laboral a un nombre més elevat d'empleats, com res no s'oposaria a la situació contrària.

A aquest efecte, la llibertat del legislador és àmplia, segons ja hem dit, la qual cosa augmenta l'interès per saber qui legisla, és a dir, sobre el repartiment de competències legislatives en la matèria. Però no em referiré aquí a aquesta qüestió tan important, ni tan sols des del prisma constitucional, com tampoc no em referiré a un altre aspecte formal i igualment important, que és el de la reserva de llei en matèria d'ocupació pública i a les relacions entre la llei i el reglament o la negociació col·lectiva en aquesta matèria.³⁸ El que pretenc aquí és només reflexionar sobre les vinculacions constitucionals *substantives* sobre el règim jurídic de l'ocupació pública. I dic de l'«ocupació pública» més que no pas de la «funció pública» en sentit estricte, perquè, al meu parer, hi ha elements de la relació jurídica de tots els empleats públics que no poden deixar d'estar sotmesos a regles de dret públic, els principis rectors de les quals es troben en el text constitucional.

36. *Derecho de la función pública*, cit., pàg. 59-60.

37. En aquest punt hi ha, per cert, una diferència sensible amb el sistema alemany, ja que si bé la Llei fonamental de Bonn és molt més estricta que no pas la nostra Constitució quant a la definició dels principis generals de la funció pública i les funcions que han d'exercir els funcionaris, és també una norma constitucional més rígida a la pràctica i de modificació més fàcil. Així ha estat últimament en relació amb el règim de certs serveis i dels seus empleats (públics), com relata M. Bacigalupo, *op. et. loc. cit.*

38. Una altra vegada, sobre aquest punt, he de remetre al meu *Derecho de la función pública*, pàg. 67 i seq.

B) *El «sistema de mèrit»*

El primer d'aquests principis —i més que un principi és un dret fonamental— és el de l'accés als càrrecs i funcions públiques en condicions d'igualtat i en aplicació dels criteris de mèrit i capacitat (art. 23.2 i 103.3).

Com que ningú no dubta de què significa això no m'entretindré a explicar-ho. Però sí que convé apuntar alguns matisos sobre l'abast d'aquest principi.

El primer problema és si aquest principi s'aplica només als funcionaris o a tots els empleats públics, inclosos els que tenen un vincle laboral. La primera alternativa, que ha estat la causa directa de la fugida cap al règim laboral en el passat recent (i, en menor mesura, encara avui) deriva d'una interpretació restrictiva dels esmentats articles 23.2 i 103.3, que ha comptat indirectament amb l'aval de la jurisprudència constitucional. En efecte, el Tribunal Constitucional s'ha oposat a l'admissió de recursos d'empara fonamentats en l'art. 23.2 quan tenien per objecte la impugnació de decisions administratives sobre la contractació de personal laboral.³⁹ Aquesta presa de posició, molt probablement determinada per la intenció de circumscriure l'àmbit material de l'empara constitucional, ha tingut conseqüències molt nocives. Però tant si s'inscriu com si no en l'àmbit de l'art. 23.2 de la Constitució el dret dels contractats laborals públics d'accedir als seus llocs de treball en condicions d'igualtat i amb observança dels principis de mèrit i capacitat, el cert és que l'Administració no pot prescindir del principi d'igualtat en tota la seva actuació, fins i tot quan contracta treballadors, i que quan es tracta d'accedir a un lloc de treball públic les úniques diferenciacions justificades entre candidats (llevat de rigoroses excepcions, com les que permeten les anomenades «discriminacions positives»)⁴⁰ són les que es funden en la seva capacitat i els seus mèrits. Avui en dia podem dir que aquesta qüestió es va resoldent a favor de la segona de les respostes, de manera que la legislació més recent (i la pràctica de moltes administracions) va reduint les diferències entre el procés de selecció de funcionaris i de personal amb contracte de treball fix,⁴¹ de la mateixa manera que assimila els processos de contractació de personal laboral temporal al nomenament d'interins.⁴²

D'altra banda, seria exagerat entendre que la Constitució s'oposa al reclutament de qualsevol empleat públic per raons de confiança política o personal. Ara bé, aquest criteri s'ha de preveure com una estricta excepció, que ha d'estar suficientment justificada en raons objectives, ja sigui la naturalesa essencialment política d'algunes funcions o la vinculació personal estreta a càrrecs de designació política que pressuposa l'exercici d'altres. En conseqüència, el nomenament de funcionaris eventuais no pot sobrepassar uns límits raonables, que el nostre dret defineix ja amb esperit generós.

39. ITC 837/1985 i 880/1985, entre d'altres.

40. STC 269/1994, de 3 d'octubre.

41. Últimament, l'Avantprojecte d'estatut bàsic de la funció pública reitera l'aplicació a la selecció de personal laboral fix dels mateixos principis i sistemes de selecció aplicables als funcionaris de carrera. No obstant això, caldrà estar amatents a la legislació que s'està desplegant, que haurà de concretar aquests principis.

42. Per exemple, l'article 33.1 de la Llei de la funció pública basca (Llei 8/1989, modificada per la Llei 16/1997) equipara la selecció d'interins a la del personal laboral temporal. La mateixa equiparació s'estableix en l'Avantprojecte d'estatut bàsic de la funció pública.

En tercer lloc, el principi de mèrit i capacitat s'aplica no solament a l'ingrés en l'ocupació pública sinó també en l'accés a càrrecs de major nivell o responsabilitat i, en general, en els processos concurrencials de provisió de llocs de treball o d'ascens en el si de l'ocupació pública. Així ho confirma una copiosa jurisprudència constitucional, tot i matisar que no són aquests els únics principis que cal tenir en compte en matèria d'ascensos i promocions, sinó que també en juguen d'altres, i d'una manera destacada el d'eficàcia administrativa.⁴³

En definitiva, per no entrar en més detalls i especificacions, que són impossibles aquí, el respecte al «sistema de mèrit» en totes les seves manifestacions és el primer dels condicionants constitucionals sobre el règim de l'ocupació pública. Un condicionant que s'ha anat concretant en molts dels seus aspectes (requisits exigibles per a l'accés, entre ells el coneixement de les llengües cooficials, possibilitat de valoració de mèrits previs, la igualtat entre sexes, els requisits d'edat...) per obra de la jurisprudència constitucional, contenciosa administrativa i laboral i que encara és susceptible de desplegaments més avançats (com l'equiparació total del règim d'ingrés de laborals i funcionaris, per exemple).

Sobre aquesta qüestió no hi ha cap dubte. No obstant això, resta assegurar la garantia efectiva de respecte del sistema de mèrit en tots els àmbits de l'ocupació pública, cosa que sempre ha estat difícil en aquest país. Per això, el repte del futur rau en la millora de les garanties de tota mena, començant per les organitzatives (composició i designació dels òrgans de selecció). Garanties que no tenen per què introduir més complexitat en els procediments i que s'han de comptabilitzar amb l'eficàcia i la celeritat, però de les quals no es pot prescindir. El dret públic continua tenint molt a dir sobre això.

C) *Però, de debò la Constitució exigeix un sistema funcionarial de carrera?*

No s'ha de confondre «sistema de mèrit» amb règim estatutari i, menys encara, amb un sistema funcionarial de carrera.

Com hem dit, els principis d'igualtat, mèrit i capacitat en l'accés i la promoció professional són aplicables tant en les relacions estatutàries com en les contractuals. Això és el veritablement important (a més de les garanties d'imparcialitat dels empleats públics, com direm). Però el respecte a aquests principis es pot articular de maneres molts diferents. Per exemple, la «privatització» recent de la relació d'ocupació pública a Itàlia no prescindeix —ni podria prescindir per imperatiu constitucional (art. 51 i 97, l'últim dels quals imposa el *concorso* com a forma d'accés ordinària a l'ocupació pública)— de les garanties del sistema de mèrit. Ans al contrari, entre els objectius de les reformes del règim dels empleats públics hi ha el de reforçar les garanties d'objectivitat dels procediments d'ingrés, combatent el clientelisme de partits i sindicats.⁴⁴ El que passa és que la «privatització» de la relació

43. Vegeu, entre d'altres, les STC 75/1983, 15/1988, 47/1989, 192/1991, 200/1991, 293/1993 i 365/1993.

44. D'aquí ve, per exemple, la prohibició que s'estableix a Itàlia que formin part de les comissions de selecció de personal membres de partits polítics o sindicats, prohibició que, per cert, no existeix en el nostre dret.

d'ocupació no és total, sinó que hi ha alguns aspectes que es continuen regulant unilateralment per normes de dret públic, lleis i reglaments, que han de ser respectats pels contractes individuals i col·lectius.⁴⁵

D'altra banda, el règim estatutari pur suposa que tots els aspectes de la relació funcional es regulen mitjançant normes jurídiques aprovades unilateralment per l'Estat. Aquest règim, com a tal, ja no existeix en el nostre país per al conjunt de la funció pública, des del moment en què es va obrint pas la negociació col·lectiva dels funcionaris. No obstant això, em sembla clar que no es pugui posar en qüestió la constitucionalitat de la negociació col·lectiva funcional, almenys tal com està regulada en el nostre dret i així ho ha declarat el Tribunal Suprem, de manera explícita (STS d'1 de febrer de 1995) i implícita.

Això no vol dir, òbviament, que el règim estatutari no sigui conforme a la Constitució. Però no crec que la identificació entre el concepte de «funcionari» que utilitza la Constitució (art. 103.3 i 149.1.18) i el règim estatutari sigui inevitable. Ans al contrari, podem sostenir que sota el concepte de «funcionari» la Constitució es refereix als empleats públics en general i que el que pretén és garantir les peculiaritats del règim de l'ocupació pública a diferència del privat, subratllant el sistema de mèrit i la imparcialitat de l'empleat públic en l'exercici de les seves funcions. Al cap i a la fi, el sistema de mèrit no es pot desvincular de la igualtat en l'accés a l'ocupació pública, de la mateixa manera que la imparcialitat no es pot desvincular del principi d'«objectivitat» de l'Administració. Ara bé, seria absurd considerar que l'Administració no està obligada a tractar per igual tots els empleats (o aspirants a ser-ho) quan estableix relacions de caràcter laboral o que en aquests casos es pot desvincular del principi d'objectivitat. Dit d'una altra manera, les peculiaritats del règim de l'ocupació pública deriven no de la naturalesa formal del vincle que uneix l'empleat amb l'Administració sinó del fet que es tracta d'ocupació al servei de l'Administració i aquesta qualitat imposa regles exorbitants quant a drets, deures, responsabilitats i garanties. D'aquí ve que la fugida de l'Administració, en part o totalment, cap a un règim d'ocupació purament privat o laboral susciți veritables dubtes de constitucionalitat.

Així, és molt dubtós que la Constitució hagi optat per un règim estatutari per al conjunt o la majoria dels empleats públics. En canvi, no és dubtós que hagi establert unes exigències peculiars per als «funcionaris», que lògicament s'han de considerar aplicables a tots els empleats públics.

En tot cas, si el legislador continua optant per mantenir el règim estatutari —amb les modificacions oportunes— per a una part dels empleats públics, cosa que sembla previsible, no hi ha res a la Constitució que obligui a perpetuar, per al conjunt de la funció pública, el tradicional sistema de carrera. Com a tal s'entén un règim en el qual el funcionari és nomenat amb caràcter vitalici i va realitzant tota la seva carrera professional dins de l'Administració, sense que pugui ser-ne separat si no és per jubilació o sanció disciplinària, a diferència del «sistema d'ocupació», en què el funcionari és nomenat en cada cas per a un lloc determinat, sens perjudici de nomenaments posteriors, de manera que cessa també quan el lloc desapareix o es transforma per necessitats del servei. El sistema d'ocupació no és incompatible amb

45. Vegeu el que s'indica a la nota 34.

el principi de mèrit i capacitat, com demostra l'experiència nord-americana, de manera que la nostra Constitució garanteix en general aquests principis.

De fet, la Constitució només al·ludeix a la «carrera» i als cossos funcionaris quan es refereix als jutges i als magistrats (art. 122.1), als quals considera «inamovibles» en garantia de la seva independència (art. 117.1 i 2). En aquest cas sí que hi ha una garantia constitucional del sistema de carrera. Encara es pot entendre que la mateixa garantia abasta els membres de les forces armades i de les forces de seguretat, ja que en tots dos casos (art. 28.1, 29.2, 104) la Constitució parla de «cossos», els sotmesos a disciplina militar o els de seguretat. En tots aquests supòsits, les peculiaritats públiques del règim de l'ocupació pública arriben a la seva màxima expressió, ja que les missions que tenen encomanades aquests funcionaris obliga a dotar-los amb un estatut que reforci la seva independència o la seva disciplina. De fet, en aquests casos es pot parlar d'una «relació de subjecció especial», ja que tots aquests funcionaris pateixen limitacions, previstes constitucionalment, en alguns drets fonamentals (associació, sindicació, vaga, dret de sufragi passiu, dret de petició col·lectiva, llibertat d'expressió en certa manera).

Per a la resta de funcionaris, la Constitució no diu res en concret i tampoc no ha volgut incloure una clàusula de respecte als «principis tradicionals del servei públic de carrera», com fa la Llei fonamental de Bonn en l'art. 34.5. Amb això no vull dir —que no se'm malinterpreti— que s'hagi d'abandonar el sistema de carrera. Al contrari, considero que aquest sistema continua essent necessari per a certs col·lectius d'empleats públics, molt identificats amb l'Estat per la naturalesa de les seves funcions (penso en la carrera diplomàtica, en l'advocacia de l'Estat, en els alts cossos de la hisenda pública, en alguns cossos facultatius...). També opino que, amb les correccions i els matisos necessaris que permetessin eliminar la rutinització burocràtica, el sistema de carrera ofereix avantatges interessants. El que passa és que el manteniment del sistema, com també el seu abast subjectiu, són opcions de política de personal o de caràcter organitzatiu i no estrictes exigències constitucionals. De la mateixa manera que són opcions del legislador mantenir el model actual de les relacions de llocs de treball, amb tot el disseny de promoció a través de la provisió de llocs que comporta, o substituir-lo totalment o parcialment per un altre de diferent.

El caràcter obert de la nostra Constitució quant a aquestes alternatives facilita la decisió del legislador a l'hora d'inclinar-se pel règim estatutari o el laboral i, dins d'aquell, per un sistema de carrera o ocupació, quan regula *nous* col·lectius d'empleats públics. Per exemple, el personal d'entitats de nova creació, per al qual s'està mostrant una acusada predilecció pel vincle laboral. No obstant això, el problema és un altre quan es tracta de regular d'una forma diferent el règim de col·lectius d'empleats ja existents.

Dos problemes pràctics (entre molts d'altres imaginables) es poden plantejar sobre aquesta qüestió, si tenim en compte les circumstàncies actuals del nostre país. El primer és si el legislador pot convertir directament en funcionaris col·lectius de treballadors amb vincle laboral. És a dir, si és possible una «funcionarització» *ope legis*, possibilitat que sens dubte temptaria força grups d'empleats, encara que *a priori* sembla menys temptador per a les administracions públiques. El segon és si, a imatge del que s'ha acordat a Suècia i a Itàlia, el legislador pot laboralitzar o contractualitzar, ja sigui amb caràcter general, ja sigui per a determinats col·lectius de

funcionaris, el vincle que els uneix a l'Administració, operació que sens dubte trobaria resistències sindicals i corporatives serioses (per la qual cosa no sembla viable a curt termini), però que segurament tempta alguns governants gestors públics.

La primera qüestió s'ha de resoldre atenent els principis d'igualtat, mèrit i capacitat, estrictament. Si els contractats laborals van ingressar en el servei sense garanties de compliment d'aquests principis constitucionals o, almenys, sense garanties substancialment equiparables a les exigides per a l'ingrés dels funcionaris de categoria similar, la funcionarització per decisió del legislador no seria possible constitucionalment, ja que sempre caldria superar alguna prova selectiva d'equivalència.⁴⁶ En canvi, integrar en un mateix col·lectiu funcionaris i laborals que han superat processos de selecció equiparables —cosa que comença a produir-se i encara es podria produir més en el futur— no planteja cap problema constitucional.

El segon problema és més complex. En principi, no és impossible la laboralització del vincle de grups i empleats que avui tenen estatut funcional. Per descomptat, no és impossible que aquesta novació i la naturalesa jurídica de la seva relació d'ocupació es produïxi per voluntat dels interessats, si escau incentivada. Sota el meu punt de vista, tampoc no és impossible que el legislador ho decideixi imperativament, llevat del cas de certs col·lectius, però amb certes condicions.

En principi, és constitucionalment possible aquesta decisió perquè no crec que la Constitució reconegui un dret adquirit als qui són funcionaris de continuar essent-ho de per vida. El mateix Tribunal Constitucional ha rebutjat expressament que la Constitució empari la teoria dels drets adquirits, ni amb caràcter general,⁴⁷ ni més específicament en el cas de les relacions estatutàries.⁴⁸ Per la seva pròpia essència, aquest tipus de relació exclou que qualsevol dret adquirit sigui immodificable, i així es posa en relleu en el cas de l'anticipació de l'edat de jubilació. Ara bé, si el funcionari no pot oposar un dret adquirit davant el legislador per mantenir la durada de la seva relació de servei, malament podrà oposar un dret adquirit a una decisió que no restringeix temporalment ni permet posar fi a la relació, sinó que només en modifica la naturalesa jurídica.

Ja no pensem en operacions de laboralització general segons l'exemple suec o italià —en realitat aquestes operacions només tenen justificació en circumstàncies especials de crisi del sistema, ja sigui pel seu impacte sobre el dèficit públic (el cas de Suècia) o pel seu desprestigi general (el cas d'Itàlia) i amb el suport o almenys la passivitat de sindicats i associacions professionals—, sinó en supòsits molt més versemblants de privatització de la forma de gestió d'alguns serveis públics (sanitaris, educatius...), que puguir fer convenient la laboralització d'una part de l'empleat públic ja consolidat. Seria constitucionalment impossible que els empleats de la sanitat pública o d'alguns serveis econòmics passessin a tenir un vincle contractual si els ens per als qui treballen es transformessin en societats mercantils o en

46. Això és, justament, el que estableix la disposició transitòria quinzena de la Llei de mesures per a la reforma de la funció pública, introduïda per la Llei 23/1988, com també l'article 37 de la Llei 31/1990, que va regular l'anomenat «torn de funcionarització». Bé és veritat que en alguns casos les proves establertes per a l'accés a la condició de funcionari des del règim laboral han estat molt poc exigents i, d'això, n'és bona mostra la Llei 1/1996, de 26 d'abril, de la Comunitat Valenciana.

47. STC 27/1988.

48. STC 99/1987, 127/1987, 70/1988, 100/1989, etc.

entitats públiques empresarials? ¿No seria el més lògic aquest canvi, quan la legislació general no preveu la presència de funcionaris en servei actiu a les societats mercantils i quan determina que la relació d'ocupació ordinària de les entitats empresarials és la laboral? Fins i tot si es considera que l'article 103.3 de la Constitució conté un principi de preferència pel règim estatutari, és difícil deduir-ne un impediment absolut per a aquest tipus de reformes legals, ja que és clar que la Constitució no impedeix l'existència de relacions laborals en l'àmbit públic i normalment s'admet la prevalença del vincle laboral en aquelles entitats o branques de l'Administració que realitzen activitats empresarials. Tampoc no propugno que l'única solució jurídica viable per als processos de privatització de la forma jurídica d'actuació sigui aquesta, ja que sempre es pot mantenir el vincle estatutari i assignar o destinar funcionaris a les entitats empresarials.⁴⁹ Però aquí es tracta d'explicar el que és i el que no és constitucionalment possible.

De tota manera, sota el meu punt de vista, qualsevol procés de laboraltització hipotètic de vincles estatutaris ja establerts hauria de respectar les exigències i peculiaritats mínimes de l'ocupació pública, derivades de l'article 103.3 de la Constitució; això és, la garantia de l'accés (i la promoció) conforme als principis d'igualtat, mèrit i capacitat, la garantia de la imparcialitat i la resta de peculiaritats a les quals ens estem referint.

I encara més, la pèrdua forçosa del vincle estatutari afecta la seguretat jurídica i pot suposar un trencament de la confiança legítima del funcionari en el manteniment dels trets essencials de la seva relació d'ocupació, en particular del caràcter vitalici d'aquesta. Aquests efectes no impedeixen el canvi de relació —que seria tant com petrificar l'ordenament jurídic—, però mereixen ser considerats i ponderats, de manera que la laboraltització vagi acompanyada de garanties i compensacions suficients, sobretot des del punt de vista de la consolidació de l'estabilitat en el lloc de treball. Així ha succeït en altres països. A Itàlia, on la privatització general permet una major mobilitat forçosa dels empleats públics i, en últim extrem, davant de situacions de manifest excés de personal, una mena d'excedència forçosa temporal (*mesa in disponibilità*), però no el comiat;⁵⁰ a Alemanya, on la privatització d'alguns serveis (correus i telecomunicacions, control aeri, ferrocarrils) s'ha fet consolidant l'ocupació existent;⁵¹ fins i tot a Suècia, on Administració i sindicats van acordar les fórmules de protecció dels funcionaris acomiadats a causa de les reestructuracions administratives, entre elles, compensacions econòmiques i importants ajudes per a la recol·locació.⁵²

D) *Les peculiaritats en l'exercici dels drets sindicals*

L'article 103.3 ordena expressament a la llei regular «les peculiaritats de l'exercici del seu dret [dels funcionaris públics] a sindicació». A les mateixes «peculiaritat

49. Així, per exemple, la transformació de l'organisme autònom de Correus i Telègrafs en una entitat pública empresarial s'ha fet mantenint-ne el règim estatutari del personal, tal com es trobava regulat (disposició addicional onzena de la LOFAGE).

50. Vegeu Martínez Bargueño, *op. et loc. cit.*

51. Vegeu M. Bacigalupo, *op. et loc. cit.*

52. Vegeu L. Gustafsson, *op. et loc. cit.*

tats» es refereix l'art. 28.1, que, a més, permet que es limiti o s'exclouï per llei l'exercici del dret a sindicar-se lliurement les forces i instituts armats i la resta de cossos sotmesos a disciplina militar. L'art. 127.1 també prohibeix que jutges, magistrats i fiscals, mentre estiguin en actiu, que pertanyin a sindicats, sens perjudici del propi sistema d'associació professional. Deixant de banda totes aquestes exclusions o limitacions possibles, que afecten grups de funcionaris molt caracteritzats, el que ara ens interessa és explicar-nos sobre les reiterades «peculiaritats» que afecten la resta de funcionaris.

La fórmula constitucional és concloent en el sentit que ha d'existir algun tipus de peculiaritat i aquest és un dels trets que configuren la imatge constitucional de la funció pública. El que no diu la Constitució és quines han de ser aquestes peculiaritats, fins on s'estenen i quins aspectes del contingut del dret a sindicar-se o dels «drets sindicals» en sentit ampli cobreixen. Aquestes preguntes més aviat troben resposta en la història, que en els països democràtics ha anat observant una evolució favorable a estendre als funcionaris bona part dels drets sindicals reconeguts a la resta de treballadors. Això significa que les cèlebres «peculiaritats» tendeixen a reduir-se. I així es dedueix també d'una anàlisi dels articles 28 i 103 en el context constitucional i a la llum de les circumstàncies del nostre temps. Aquest context ha de tenir en compte la *vis expansiva* o el «caràcter preferent» dels drets fonamentals⁵³ que obliga a considerar que el funcionari és, abans de res, ciutadà i treballador i que participa de l'*statuts civitatis* comú, que només pot ser alterat o limitat en perjudici seu per raons justificades d'interès públic, que responguin a la protecció de béns tutelables constitucionalment, i sempre amb la proporcionalitat deguda en les restriccions a l'exercici dels drets. Resta lluny, ja, la consideració del funcionari com a servidor disminuït en els seus drets davant l'Administració, en virtut d'una típica *relació de subjecció especial*.⁵⁴ D'altra banda, el context, entre altres coses per aplicació del que es disposa en l'article 10.2 de la Constitució, obliga a tenir en compte els acords internacionals ratificats per Espanya i, molt en concret pel que aquí interessa, el Conveni 151 i la Recomanació 159 de l'OIT, de 27 de juny de 1978.

Així, en l'àmbit funcional no existeix gairebé cap peculiaritat (llevat de les excepcions ja comentades) pel que fa al dret de sindicació *stricto sensu*, és a dir, a crear sindicats, a afiliar-se al que es triï (i a no afiliar-s'hi i separar-se'n), a elegir lliurement els representants sindicals (llevat del sistema de representació del personal), a la llibertat sindical, a fundar o afiliar-se a federacions, confederacions i organitzacions internacionals.⁵⁵

En principi, tampoc no existeixen peculiaritats jurídiques sensibles en el nostre dret (a diferència d'altres), pel que fa a l'exercici del dret de vaga, si bé en qualsevol

53. Segons reiterada jurisprudència constitucional.

54. De fet, la mateixa teoria de les «relacions de subjecció especial» ha estat objecte d'una forta crítica en la nostra doctrina jurídica i es troba en franc retrocés. Vegeu R. García Macho, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Madrid, 1992; I. Lasagabaster Herrarte, *Las relaciones de sujeción especial*, Madrid, 1994. Vegeu també, i pel que interessa aquí, la STC 61/1990, de 2 de març.

55. Tal com es regulen aquests drets en la Llei orgànica de llibertat sindical, que a aquest efecte és d'aplicació comuna a empleats públics i privats, inclosos els funcionaris (llevat de les ja sabudes excepcions constitucionals).

cas cal respectar el límit del «manteniment dels serveis essencials de la comunitat» i és lògic que aquest límit tingui major abast en el cas dels serveis públics, no perquè siguin públics sinó pel caràcter essencial de molts d'ells.⁵⁶

En realitat les «peculiaritats» es restringeixen al dret a la negociació col·lectiva. Però cal dir que, en aquesta matèria, són peculiaritats que no solament troben una justificació objectiva, sinó que difícilment es poden reduir a l'esquema del dret laboral. Per començar, segons el Tribunal Constitucional (STC 57/1982) i a diferència dels altres drets sindicals esmentats, la Constitució no reconeix el dret a la negociació col·lectiva dels funcionaris, de manera que es tracta d'un dret de configuració legal. Segons el meu parer, res no s'oposa en la Constitució al fet que s'estableixi legalment una mena de dret a la negociació col·lectiva dels funcionaris a través de la seva representació sindical, per determinar les seves condicions laborals.⁵⁷ Però aquest dret no pot tenir exactament el mateix contingut que en les relacions laborals privades, ja que hi ha vinculacions constitucionals que ho impedeixen.

Una d'elles és la reserva de llei existent sobre aspectes essencials del règim de la funció pública en l'article 103.3 (entre d'altres), que constitueix un límit a l'«autonomia col·lectiva» de les parts. Sobre això es podria objectar que en l'àmbit jurídicolaboral també hi ha reserves de llei (per exemple, pel que fa a la regulació dels mateixos drets col·lectius) i hi ha un Estatut dels treballadors, aprovat per llei i d'altra legislació complementària, per la qual cosa no tot és negociable. En conseqüència, les diferències entre el dret del treball i el dret administratiu en aquest punt serien quantitatives o de grau, més que no pas d'essència, ja que l'àmbit reservat a la llei és més ampli en el règim de la funció pública.

Aquesta percepció no és del tot correcta, sobretot si es considera que els aspectes retributius, que són tan nuclears en el marc de la negociació, queden al marge de l'autonomia col·lectiva en l'àmbit públic, ja que correspon al poder legislatiu aprovar les despeses de personal, tant a l'Estat (art. 134.2 de la Constitució) com a les comunitats autònomes, de manera que les lleis estatals de pressupostos generals poden establir límits als augmentos retributius del personal aplicables a totes les administracions públiques, incloses les locals (STC 63/1986, 96/1990, 237/1992, 385/1993, 171/1996 i 103/1997).⁵⁸ Però no solament això. Segons el meu parer, no és exacte parlar d'«autonomia col·lectiva», quan una de les parts és l'Administració pública, a la qual no es pot aplicar aquesta propietat o condició.

En efecte, l'Administració és, per imperatiu constitucional, una organització institucionalment vinculada al servei objectiu dels interessos generals (art. 103.1 de la Constitució), l'estatut jurídic de la qual és per això molt diferent del d'un empre-

56. Sobre això, remeto novament al que exposo al meu *Derecho de la función pública*, pàg. 229 i seg.

57. I així es dedueix també clarament de la jurisprudència del Tribunal Constitucional i del Tribunal Suprem. Vegeu el meu *Derecho de la función pública*, pàg. 234 i seg. També J. Mauri i Majós, *op. cit.*, pàg. 136 i seg.

58. Per cert que aquests límits pressupostaris a l'augment de retribucions afecten també els empleats públics amb vincle laboral. És més, les lleis de pressupostos generals de l'Estat estan introduint normes que declaren expressament la nul·litat dels convenis i pactes que superin els creixements retributius màxims fixats pressupostàriament i controls que evitin aquest efecte.

sari privat. L'Administració no té l'«autonomia» que se suposa de l'empresari en el dret del treball, entesa com a manifestació de la seva lliure voluntat en el si de la llei. Això no vol dir que l'Administració sigui com un autòmata aplicador de la llei, ja que no cal dir que té un gran marge de discrecionalitat en molts casos. En aquest àmbit del que és discrecional, l'Administració pot arribar a acords amb els interessats, que facilitin la gestió dels interessos públics. En general és així (contractes administratius, terminació convencional dels procediments administratius) i així és i pot ser també en l'àmbit de les relacions d'ocupació, fins i tot de naturalesa estatutària o funcional. Però l'Administració no és lliure de pactar al seu antuvi, ja que qualsevol acord ha d'estar justificat des de la perspectiva dels interessos públics. Aquest és un límit de principi a l'abast i a la mateixa naturalesa jurídica de la negociació col·lectiva en l'ocupació pública, que, encara que limitatiu dels drets sindicals, és necessari reconèixer per imperatiu constitucional.

En conseqüència, la negociació col·lectiva dels funcionaris públics no es pot equiparar enterament a la que es duu a terme en el sector privat i així succeeix fins i tot en els ordenaments que més han avançat en la «privatització» o la laboralització del règim de l'ocupació pública.⁵⁹ De fet, en moltes matèries, les afectades per reserva de llei, inclosa la determinació de les retribucions, més que no pas una negociació veritable el que hi ha (i pot haver-hi) és una prenegociació o un procediment negociat, que no pot deixar de banda la «sobirania» decisòria del Parlament. I en d'altres, l'Administració no pot pactar amb els sindicats «el que vulgui», ja que corre el risc d'incórrer en desviació de poder. D'aquí vénen les «peculiaritats» de la negociació col·lectiva dels funcionaris.

Per descomptat, un cop dit això, cal recalcar que, amb les peculiaritats necessàries, aquest dret pot ser reconegut legalment als funcionaris, com a la resta de treballadors. Que la Constitució no ho exigeixi no vol dir que ho impedeixi, i, un cop s'ha reconegut legalment, sembla molt difícil tornar enrere, tot i que seria convenient perfilar amb més rigor el règim de la negociació col·lectiva, ja que la regulació actual de la Llei 9/1987, modificada per la Llei 7/1990, encara resulta insatisfactòria, conté defectes tècnics importants i, paradoxalment, contribueix a fer poc operativa la negociació.

E) *Les garanties de la imparcialitat*

Finalment, i per cenyir-nos al que disposa l'art. 103.3, sense entrar en altres qüestions de detall,⁶⁰ és una exigència constitucional que el legislador garanteixi la imparcialitat dels funcionaris públics. És més, es pot dir que les peculiaritats del règim de la funció pública, en qualsevol sistema democràtic, ens reconduïen sobretot a dues preocupacions bàsiques, la garantia del principi de mèrit i capacitat i la garantia de la imparcialitat, ja que el règim d'ocupació pública pot compartir i

59. Per exemple, a Itàlia es manté un règim especial i molt complex de negociació col·lectiva dels empleats públics. Sobre això, últimament A. Corpaci, *op. cit.*, pàg. 271 i seg.

60. No em detinc, doncs, en les peculiaritats que el règim funcional o el d'alguns col·lectius molt determinats introdueix en alguns aspectes de l'exercici de certs drets fonamentals, com la llibertat d'expressió, el sufragi actiu, el dret de petició, etc., ni en les peculiaritats del règim disciplinari derivades dels articles 24.2 i 25 de la Constitució.

comparteix amb el de dret laboral la dialèctica entre els drets dels empleats i la preocupació per l'eficàcia de l'empresa, amb les seves conseqüències en el pla de la disciplina i la jerarquia. En el dret de la funció pública sempre hi ha un *plus*, que consisteix a assegurar la igualtat d'oportunitats (mèrit i capacitat) i la imparcialitat del funcionari.

El que passa és que el principi d'imparcialitat té un àmbit i un contingut difícil de determinar *a priori* i per això les seves conseqüències no són del tot clares. La imparcialitat suposa que el funcionari, en l'exercici de les seves funcions, ha de quedar protegit davant de qualsevol injerència estranya, davant de qualsevol condicionant o influència que el pugui desviar de la seva única missió, la prestació del servei que té encomanat amb absoluta objectivitat, al servei dels ciutadans. La imparcialitat —un bé jurídic, per cert, tan delicat i difícil de preservar— s'ha d'envoltar de garanties jurídiques. Davant del Govern que toqui i el partit polític que li doni suport —sigui dit sens perjudici de la lleialtat institucional que tots els empleats públics deuen al seu Govern i dels seus drets d'obediència jeràrquica—, davant les pressions de l'oposició, davant de tercers i davant dels propis interessos personals de l'empleat públic.

Algunes conseqüències del principi d'imparcialitat són evidents. Una d'elles és el règim d'incompatibilitats, al qual es refereix expressament també l'article 103.3 de la Constitució. La seva regulació legal ha de protegir necessàriament de manera adequada la imparcialitat de l'empleat públic, això sens perjudici que pugui perseguir cumulativament altres finalitats lícites, com augmentar la dedicació al servei públic o repartir l'ocupació pública existent, mitjançant la regla general de dedicació exclusiva a un sol lloc de treball.⁶¹ Per cert —cal recordar-ho aquí—, el règim d'incompatibilitats és aplicable, segons la legislació vigent, a tots els empleats públics, independentment de la naturalesa del vincle jurídic, estatutari o laboral, que els uneix a l'Administració. La constitucionalitat d'aquesta opció, per la resta perfectament lògica i adequada a la finalitat perseguida, ha estat ratificada pel Tribunal Constitucional (STC 179/1989, de 2 de novembre). Això vol dir, almenys, que la garantia d'imparcialitat també abasta els empleats públics amb contracte laboral, i ratifica, segons el meu parer, que allò decisiu, constitucionalment parlant, no és el tipus de vincle jurídic que uneix el treballador amb l'Administració, sinó el contingut de la relació jurídica que s'entaula i la seva correspondència amb els valors i els principis constitucionals que s'han de salvaguardar.

En un altre ordre de coses, la garantia de la imparcialitat es tradueix en la tipificació d'alguns il·lícits penals (suborn, tràfic d'influències, negociacions i activitats prohibides als funcionaris públics...) i disciplinaris. S'ha de traduir en el dret dels empleats públics a rebre protecció (física, jurídica o de qualsevol mena) davant de tercers en l'exercici de les seves funcions. També cal exigir, amb el rigor necessari —i aquí encara hi ha molt per fer—, la separació entre Govern i Administració i la limitació dels llocs que es cobreixen pel sistema de confiança política (alts càrrecs o directius, personal eventual i, sobretot, llocs de lliure designació).

Però potser l'aspecte més significatiu és el que va lligat a les regles sobre inamo-

61. Aquesta és l'anomenada «incompatibilitat econòmica» a què es referia, com a lícita, la STC 179/1989, de 2 de novembre.

bilitat i mobilitat dels empleats públics, aspecte en què cal conciliar les garanties del principi d'imparcialitat amb les exigències del principi d'eficàcia administrativa, que té el mateix rang constitucional.

Evidentment la inamobilitat és una garantia de la imparcialitat, específicament oposable davant els òrgans de govern i les influències partidàries. Aquesta garantia opera com un límit essencial de l'«Estat de partits», imprescindible per a un funcionament correcte, ja que, com assenyalava l'article 130.1 de la Constitució de Weimar, «els funcionaris són servidors de la totalitat i no d'un partit».⁶² Per això la mateixa Constitució introdueix expressament la menció a la inamobilitat on vol reforçar extraordinàriament les garanties d'imparcialitat o —millor dit, de la independència— de funcionaris qualificats, com són els jutges i els magistrats que integren el poder judicial (art. 117.1).

Ara bé, per inamobilitat es poden entendre diverses coses. Una d'elles és l'estabilitat dels funcionaris en el lloc de treball, en la condició de funcionaris. Aquest és el sentit més *fort* del terme *inamobilitat* i el més directament vinculat a la imparcialitat dels empleats públics, com a garantia d'aquesta. La manca d'estabilitat, és a dir, la provisionalitat o precarietat del vincle professional, no garantiria pas la imparcialitat del funcionari. Significaria tant un retorn al vell sistema de cessaments i facilitaria la reintroducció dels *spoils system* en la nostra funció pública, ja de per si afectada *de facto* per les constants influències clientelars. Per això, s'ha d'entendre que la llei ha de garantir, com a regla general, la inamobilitat del funcionari en la seva condició de funcionari, i restringir el reclutament de personal eventual i interí a aquells casos en què hi hagi una justificació suficient i raonable i establir les garanties necessàries per evitar que les situacions d'interinitat s'estenguin immoderadament i es prolonguin indefinidament. Aquesta és una exigència constitucional evident. De tota manera, segons el meu parer, cal establir la mateixa garantia quan es tracta d'empleats amb vincle laboral o contractual, ja que també se'ls ha d'exigir que duguin a terme les seves funcions amb objectivitat, de manera que la contractació temporal d'empleats públics sigui una mesura excepcional i estrictament justificada per referència a necessitats objectives. La conseqüència, doncs, és el lloc de treball estable i indefinit com a regla.

Però aquesta conseqüència tampoc no té perquè equivaler al manteniment vitalici de la condició de funcionari o empleat públic, quan hi hagi causes raonables que permetin excloure aquest efecte. La primera d'elles, per descomptat, la sanció disciplinària de separació del servei (o l'acomiadament disciplinari), que, en aplicació del principi de proporcionalitat, ha d'estar reservada a les faltes molt greus. Però hi pot haver altres causes objectives, lligades a l'evolució històrica i les necessitats de l'Administració que puguin justificar la dissolució de la relació d'ocupació pública, fins i tot funcional. De la mateixa manera que han justificat en el passat, per exemple, l'anticipació de l'edat de jubilació, sense que es pogués oposar a la decisió del legislador cap dret adquirit ni els preceptes constitucionals que ordenen el règim de la funció pública, no és impossible que constitucionalment, mitjançant raons objectives suficients i contrastades —i això és el que és decisiu, cal entendre-ho bé—, el legislador pogués preveure o acordar la rescissió definitiva del vincle

62. Sobre això, M. García Pelayo, *El Estado de partidos*, Madrid, 1986, pàg. 120 i seg.

funcionarial, o bé, com ja preveu la legislació vigent, situar els funcionaris «sobrants», en una situació d'excedència forçosa els efectes de la qual podrien ser similars als d'una regulació de l'ocupació en l'àmbit laboral,⁶³ i tot això amb subjecció al principi de proporcionalitat. La inamobilitat en la condició de funcionari pot tenir els seus límits, sempre que es tracti de límits justificats i raonables i que no es permeti qüestionar a través d'ells la imparcialitat del funcionari, que és el valor constitucional que s'ha de salvaguardar. La inamobilitat no és, constitucionalment parlant, un fi per ella mateixa.

Des d'un altre punt de vista, es pot referir també el concepte d'inamobilitat a la garantia d'exercir un lloc de treball, davant l'eventual remoció o canvi de destinació. Aquest és, també, sens dubte, en el sentit que dóna la Constitució al caràcter inamobile dels jutges i les magistrats, ja que en aquest cas la inamobilitat en el lloc està lligada al dret al «jutge natural» o jutge ordinari predeterminat per la llei (art. 24.2), en garantia de la imparcialitat absoluta per impartir justícia.

Es pot entendre que, per la naturalesa de les funcions que realitzen, alguns funcionaris han de gaudir de garanties d'inamobilitat semblants, per evitar interferències espúries i desviacions interessades en la tramitació i resolució d'expedients. Aquest i no pas un altre és el valor constitucional del «dret al càrrec», que tantes vegades es confon amb pretensions merament subjectives properes a una concepció «patrimonialista» dels càrrecs públics o a reminiscències corporatives. El que importa és garantir la imparcialitat del funcionari i no la ocupació indefinida d'un lloc de treball.

Per això la garantia de la imparcialitat del funcionari no és incompatible amb la previsió legal de fórmules de mobilitat funcional o geogràfica que tinguin una justificació objectiva, raonable i proporcionada a les necessitats del servei, que és tant com dir fundada en l'eficàcia de l'Administració. El legislador també té en aquest àmbit un gran marge de llibertat per regular els casos i els procediments de mobilitat, sempre i quan observi aquestes condicions. De totes maneres, el problema fonamental és establir les garanties adequades davant d'eventuals desviacions de poder i regles —que poden ser diferents segons els col·lectius de funcionaris afectats— que assegurin la imparcialitat necessària.

D'aquí ve que pugui semblar sorprenent que algunes de les noves «autoritats independents», creades precisament per garantir una major imparcialitat i allunyament dels interessos de partit en la gestió de certes activitats de regulació o de control, reclinin el seu personal, segons la llei, en règim laboral. Això no obstant, la condició de contractat laboral (amb contracte indefinit) no és per ella mateixa contrària a la imparcialitat i no és gens clar que, com algú pot prejutjar, que la imparcialitat s'asseguri sempre en millor mesura mitjançant el règim estatutari. Això potser va ser així en altres èpoques, quan el dret del treball no proporcionava els drets que avui garanteix als empleats amb contracte indefinit i quan el règim estatutari tenia un contingut parcialment diferent al d'avui en dia. Però, en qualse-

63. Em refereixo al procediment de «reassignació d'efectius» que va introduir la Llei 22/1993, en el marc dels plans d'ocupació. Procediment, per cert, molt matisat i moderat per resoldre el problema de l'excés de personal en determinats àmbits de la funció pública i que, a més, no ha tingut aplicació pràctica.

vol cas, cal reforçar aquestes garanties legals, sobretot per a l'exercici d'aquelles funcions que són més sensibles a les espúries influències governatives o de tercers.

La qüestió més preocupant en la nostra realitat administrativa és, no obstant això, l'extensió que està abastant la provisió de llocs de treball pel sistema de lliure designació, que implica al seu torn la lliure remoció del funcionari o empleat del seu lloc de treball. Fins i tot cal preguntar-se si la indefinició legal d'aquests supòsits seria o no conforme a la Constitució, a la llum de la jurisprudència del Tribunal Constitucional sobre l'abast de la reserva de llei en matèria de funció pública. En la mesura en què la lliure designació pot afectar les garanties de la imparcialitat del funcionari en l'exercici de les seves funcions, sembla necessari que el legislador acoti, per referència a supòsits tipus o circumstàncies en què així es justifiqui, les possibilitats de provisió de llocs de treball per lliure designació, per complir les exigències de l'article 103.3 de la Constitució.

De totes maneres, alguna jurisprudència recent (STC 17/1996, de 7 de febrer, i 202/1997, de 25 de novembre) recalca que el nomenament per lliure designació *«no permite a la Administración una omnímoda libertad para su remoción, si bien ésta se produzca con carácter discrecional, lo que exige una adecuada motivación que exteriorice las causas objetivas del cese en el puesto de trabajo»*.

