

SOBRE LAS ÚLTIMAS REFORMAS ITALIANAS DEL EMPLEO PÚBLICO

Por
BELÉN MARINA JALVO

I. INTRODUCCIÓN.—II. NUEVA CONFIGURACIÓN DE LA FUNCIÓN DIRECTIVA EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.—III. NEGOCIACIÓN COLECTIVA: 1. *Consideraciones generales*. 2. *Sujetos de la negociación colectiva*: — Los sindicatos. Nuevas formas de intervención. — La Agencia para la Representación Negocial de las Administraciones Públicas. 3. *Formación de los convenios colectivos*. 4. *Eficacia de los convenios colectivos*.—IV. LA MOVILIDAD DEL PERSONAL EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.—V. SISTEMA DISCIPLINARIO.—VI. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

La reforma del empleo público en Italia, operada por el Decreto Legislativo 29/1993, de 3 de febrero —dictado en desarrollo del artículo 2 de la Ley 421/1992, de 23 de octubre— ha supuesto, no sólo una innovación jurídica de los aspectos capitales del factor humano de las Administraciones Públicas sino una verdadera revolución cultural. En efecto, el Decreto 29/93 ha sentado las bases que han de constituir el punto de partida hacia una gradual asimilación del régimen jurídico del empleo público al que regula la prestación laboral en la empresa privada.

Nótese que no hemos calificado la opción recogida en el Decreto 29/93 como «privatización» o «contractualización», pues estos términos son técnicamente incorrectos (1). Estamos ante un decidido intento de aproximar al Derecho privado el régimen jurídico de la relación de empleo en las Administraciones Públicas y no ante un intento de total unificación de ambas regulaciones. Esta última opción sería inviable en atención a la reserva de ley recogida en el artículo 97.1 de la Constitución italiana (2), en virtud de

(1) S. GRASSELLI, *Una contrattualizzazione delimitata per il pubblico impiego*, en «Diritto e pratica del lavoro», núm. 31, 1994. En el mismo sentido, F. DI CERBO: «Non si tratta, però, a mio avviso, di una privatizzazione in senso tecnico, cioè di una trasformazione vera e propria della pubblica amministrazione in azienda privata, così come è avvenuto in altri paesi europei (come ad esempio in Gran Bretagna), ma solo di un modo di tentare di fare funzionare bene l'«anchilosato» e improduttivo apparato pubblico tramite l'inserimento di alcuni istituti di carattere privatistico nel rapporto di lavoro pubblico», «Lavoro e Previdenza oggi», núm. 2, 1993.

(2) En este sentido se pronunció el Consejo de Estado italiano (*Parere dell'Adunanza Generale*, 31 de agosto de 1992) sobre el proyecto de ley que, más tarde, se convertiría en la Ley 421/92 delegando en el Gobierno la elaboración de uno o varios Decretos Legislativos para la racionalización y la revisión de la disciplina en materia de sanidad, de empleo público, de previsión y de finanza territorial. Según el Consejo de Estado: «La così detta privatizzazione, se intesa come totale unificazione della disciplina dell'impiego pubblico e

la cual determinados aspectos objetivos y subjetivos (3) de la relación funcional no podrán regularse en base a principios de Derecho privado y convenios colectivos (4).

Por otra parte, es preciso señalar que la idea del progresivo acercamiento entre las regulaciones del empleo público y privado incorporada por la normativa aludida, venía planteándose por la doctrina desde mucho tiempo atrás. Sirva como ejemplo el RAPPORTO GIANNINI (5) en el que su autor, con todo el peso de su prestigio doctrinal, contribuyó a desmitificar la tradicional especialidad de la relación funcional. De igual modo, la legislación de los últimos años tampoco ha sido ajena a este proceso de atenuación de diferencias entre el empleo público y el privado sino que ha ido introduciendo progresivamente, en la relación de empleo público, institu-

del lavoro privato, non appare possibile, anche alla luce delle disposizioni costituzionali in materia (artt. 28, 97, 100, 103 y 113).

Vi saranno sempre, infatti, molti aspetti per i quali la disciplina dell'impiego pubblico risulterà per sua natura differenziata da quella del lavoro privato. Così come, del resto, vi sono sempre stati, anche prima dell'introduzione della contrattazione collettiva, aspetti e ambiti per i quali la disciplina privatistica e quella pubblicistica apparivano uguali o comunque ispirati a principi comuni.

La diversità strutturale fra l'impiego pubblico e il lavoro privato, che giustifica una più o meno estesa, ma comunque ineliminabile, diversità di regime, deriva da ciò, che in un gran numero di casi la "prestazione lavorativa" richiesta al dipendente pubblico consiste, in tutto o in parte, nell'esercizio di pubbliche funzioni.

Ma, anche quando la prestazione lavorativa non comporta l'esercizio, in alcuna forma, di pubbliche funzioni, stà di fatto che la pubblica amministrazione opera per il conseguimento di interessi che trascendono la soggettività delle persone fisiche che ne hanno "pro tempore" la rappresentanza; interessi dei quali queste ultime non possono liberamente disporre. Come non ne può disporre, del resto, la stessa P. A.

Non sembra vi sia possibilità e convenienza di adottare, sia pure parzialmente, la disciplina privatistica del lavoro, la quale attiene solamente a rapporti di dare e avere, di fare e darc, di dirigere con efficienza e di eseguire con esattezza, nell'ambito di un'attività imprenditoriale guidata dalle regole del mercato.

Non pare, dunque, che, con metodo nominalistico, sia consentito dichiarare privato ciò che è conglobato nel pubblico e, quindi, affievolire o separare la valutazione del pubblico interesse che è a fondamento della attività amministrativa, in modo che coloro che operano come organi dell'Ente pubblico si trasformino, in tutto o in parte, da pubblici dipendenti e funzionari, in lavoratori privati, soggetti alle regole vigenti in settori estranei alla cura degli interessi della collettività. In altri termini, la trasformazione del rapporto da pubblico in privato non può essere del tutto liberamente disposta dal Legislatore, trattandosi di qualificazioni che discendono dalla natura oggettiva dei rapporti e degli interessi che in questi sono implicati, e che hanno riscontro nelle stesse strutture pubblicistiche nelle quali strumentalmente si inseriscono.»

(3) En la doctrina, algún autor ha criticado la exclusión de algunos sujetos de la nueva disciplina. Así, DI CERBO afirma lo siguiente: «L'esclusione dalla nuova disciplina, infine, mentre è francamente incomprensibile per alcune categorie di lavoratori pubblici (magistrati, avvocati dello Stato, personale inserito nelle carriere diplomatiche e prefettizie, e dirigenti generali), corrispondendo più ad una imposizione corporativa e lobbistica che ad una motivazione logica e razionale, è, viceversa, necessaria per altre (militari e forze di polizia), il cui rapporto di natura radicalmente pubblica, non si presta assolutamente ad essere trasformato in rapporto privato», «Lavoro e Previdenza», *op. cit.*

(4) Vid. artículos 2.1.a) y 2.1.c) de la Ley 421/92 y 2.1 y 2.4 del Decreto Legislativo 29/93, de 3 de febrero que concretan las materias y sujetos a los que afecta la reserva de ley.

(5) M. S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazioni dello Stato*, en «Foro Amministrativo», 1979, págs. 2683 y ss.

ciones y esquemas de carácter netamente privado. Esto se comprueba fácilmente si se observa el *iter* legislativo (6) anterior a la Ley 421/92 y al Decreto 29/93.

En efecto, si nos remontamos unas décadas atrás encontramos ya alguna manifestación de este proceso en las disposiciones del Decreto del Presidente de la República 3/1957, de 10 de enero, que aprueba el Texto Único de los empleados civiles del Estado. Si bien, en este momento, faltaba todavía un reconocimiento formal de las organizaciones sindicales en el ámbito público, el Texto Único de 1957 regulaba la participación de los funcionarios —elegidos por y de entre ellos— en los órganos colegiados superiores.

El reconocimiento de la actuación en la Administración Pública de las organizaciones sindicales tuvo lugar con la Ley 132/1968, de 12 de febrero, cuya regulación alcanzaba sólo a los entes hospitalarios. No obstante, sucesivamente y sobre la base del esquema diseñado por la citada ley se extendió tal reconocimiento a los entes públicos no económicos del Estado y a los entes locales.

Otro paso significativo en la dirección apuntada lo constituye la Ley 312/1980, de 11 de julio, que introduce aspectos profundamente innovadores, tales como la ordenación del trabajo en las Administraciones Públicas en base a criterios de eficiencia, economicidad y rentabilidad. Si bien la novedad principal viene constituida por el reconocimiento, aun tácito, del deber de productividad de los funcionarios; reconocimiento con rango de verdadero deber jurídico pudiendo, por tanto, sancionarse su inobservancia.

Y en esta escalada lenta pero incesante en la equiparación del estatuto jurídico de funcionarios y trabajadores de la empresa privada, es obligada la referencia a la Ley-marco 93/1983, de 29 de marzo. Esta ley introdujo determinadas regulaciones destinadas a modificar en profundidad la estructura e, incluso, la filosofía de las relaciones entre los funcionarios y la Administración. Quizá uno de los aspectos más significativos sea el reconocimiento de la negociación colectiva —previa delimitación de las materias reservadas a ésta y de las reservadas a la ley— como factor esencial de definición del estatuto jurídico y económico de los funcionarios (7).

(6) Dicho proceso legislativo ha sido señalado recientemente, entre nosotros, por M. SÁNCHEZ MORÓN, *Sobre la reforma administrativa italiana del periodo de transición, con especial referencia a la organización administrativa y al empleo público*, núm. 134 de esta REVISTA, 1994.

(7) Y, por último, una referencia a las normas emanadas con posterioridad a la Ley-marco 93/83, que han contribuido al laborioso proceso aludido. Entre tales normas se encuentra el D.P.R. 13/86, de 1 de febrero, que recoge como objetivos prioritarios la elevación de los niveles de productividad, eficiencia y eficacia de las Administraciones Públicas.

En la misma línea de mejora de la productividad y de la eficiencia organizativa de la Administración Pública se enmarca el Decreto del Presidente de la República 44/1990, de 17 de enero.

También la Ley 146/1990, de 12 de junio ha contribuido al proceso de acercamiento entre las normativas de empleo de ámbito público y de ámbito privado al regular los servicios públicos esenciales en caso de huelga estableciendo una disciplina unitaria, aplicable indistintamente a las Administraciones Públicas y a las empresas privadas.

No obstante la importancia de las previsiones contenidas en la Ley-marco 93/83, pronto la realidad aplicativa de esta norma se encargaría de poner de manifiesto la existencia de una serie de defectos y contradicciones de fondo que han determinado la imposibilidad de alcanzar los objetivos previstos por ella (8). Los principales defectos que se han evidenciado en la aplicación de la Ley-marco 93/83, arrastrando a ésta al fracaso, pueden sintetizarse del siguiente modo (9):

1. El desarrollo de la negociación colectiva en el sector público se ha visto condicionado por el hecho de que los acuerdos logrados no surtían efectos —sobre la relación de empleo público— sino con los límites y condiciones con que dichos acuerdos eran recogidos por una norma administrativa, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito privado donde la negociación colectiva incide directamente en la regulación de la relación de empleo.

2. Por otro lado, el reparto de materias entre la ley y la negociación colectiva establecido por la Ley-marco 93/83 ha sido vulnerado constantemente. Los acuerdos han invadido el ámbito reservado a la ley y viceversa.

3. A esto debe añadirse el problema de la sistemática inobservancia de los plazos para la aprobación y recepción por la Administración de los convenios colectivos. Se pone de manifiesto que el sistema de «conciliación» adoptado por la Ley-marco —acercándose al sistema privado y conservando esquemas típicamente públicos— se ha mostrado totalmente insatisfactorio, puesto que no hace sino acumular los defectos de los dos sistemas: incontabilidad de la negociación colectiva, por un lado, y rigidez de las normas, por otro lado.

4. No pueden olvidarse las alteraciones del ámbito de aplicación subjetiva de la Ley-marco. Por un lado, numerosos entes incluidos en su ámbito de aplicación han sido sustraídos de él mediante reformas normativas. Por otro lado, se han acogido a esta ley entes inicialmente excluidos de su aplicación mediante reformas que han supuesto, a veces, una modificación del contenido e, incluso, de los principios inspiradores de la Ley-marco.

La crisis cada vez más profunda de la Ley-marco unida a un constatable estado de desorden e ineficacia en las Administraciones Públicas hacía necesaria una intervención legislativa en materia de personal. Esta intervención además de constituir una tentativa de recuperar la eficacia y la transparencia en la Administración, se presentaba como un corolario natural de las últimas reformas administrativas (10). A la situación expuesta

(8) Vid., entre otros, M. CLARICH e D. IARIA, *La riforma del pubblico impiego. Commento al decreto legislativo 3 febbraio 1993*, núm. 29, Maggioli; F. CARINGELA e R. MARINO, *La riforma del pubblico impiego. Verso la privatizzazione*, Simone, Napoli, 1994; T. TREU, «Pubblico impiego: quale derogazione?», in T. TREU (a cura di), *Verso il diritto comune del lavoro*, F. ANGELI, Milano, 1993.

(9) Para una visión general del empleo público previa a la reforma, vid., CARINGELA e MARINO, *La riforma del pubblico impiego. Commento...*, op. cit., págs. 13 y ss., y CASSESE, DELL'ARRINGA e SALVEMINI, *Pubblico impiego. Le ragioni di una riforma*, Roma, 1991.

(10) G. VOLPE, *La riforma del pubblico impiego*, y M. SÁNCHEZ MORÓN, op. cit.

vino a añadirse una fuerte crisis económica que acarreó una considerable devaluación de la lira y su salida del sistema monetario europeo, lo que actuó como catalizador del proceso de reforma. Bajo la urgencia y presión de esta crisis económica se aprobó la ley 421/92 que remitió al Gobierno —para obviar la lentitud del procedimiento legislativo— el desarrollo de los principios que en ella se contenían. El resultado de esta delegación fue el Decreto Legislativo 29/93, de 3 de febrero.

En la elaboración del Decreto 29/93 el Gobierno tuvo que reflexionar sobre una importante cuestión que venía planteándose tanto en la doctrina (11) como en la legislación (12): se trataba de optar bien por una reforma del sistema de empleo en las Administraciones Públicas basada en una atenuación parcial de las diferencias con respecto al régimen laboral o bien por una solución más atrevida, una asimilación lo más plena posible entre la regulación pública y la regulación privada. Pues bien, ante esta dualidad de soluciones se optó por la segunda solución, puesto que la experiencia aplicativa de la Ley-marco, que propiciaba la primera solución, había puesto de manifiesto lo inútil, por no decir nocivo, de las soluciones de carácter parcial o de compromiso (13).

Junto a esto, no puede olvidarse que los presupuestos jurídicos que tradicionalmente han justificado las especialidades de la relación funcional son cuestionados (14) en la actualidad. Nos referimos, por un lado, a la posición de supremacía especial en la que se encuentra la Administración respecto de quienes prestan sus servicios en ella. Como ha resaltado algún sector doctrinal (15), la distinción entre relación de supremacía especial y relación de supremacía general es cada vez más imprecisa. Por otro lado, si tradicionalmente el elemento característico las funciones públicas era el ejercicio de autoridad, en la actualidad el ejercicio de autoridad se ha visto reducido (aunque todavía existen algunas de las funciones públicas por excelencia, como ha recordado recientemente GIANNINI) (16) respecto de la actividad de prestación de servicios públicos que constituye la finalidad

(11) RAPPORTO GIANNINI, *op. cit.*, CECORA (a cura di), *Tendenze evolutive e proposte di riforma del pubblico impiego*, Bologna, 1992; CASSESE, *Il sofisma della privatizzazione del pubblico impiego*, «Rivista Italiana di Diritto del Lavoro», I, 1993, págs. 287 y ss., y RUSCIANO, *Rapporto di lavoro pubblico e privato: verso regole comuni?*, «Lavoro e Diritto», núm. 3, 1989, págs. 371 y ss.

(12) Cfr. nota 6.

(13) F. CARINGELA e R. MARINO, *La riforma del pubblico impiego. Verso...*, *op. cit.*, págs. 20 y ss.

(14) E. CARDI, «Note di diritto positivo sulla privatizzazione del pubblico impiego», in T. TREU (a cura di), *Verso il diritto...*, *op. cit.*

(15) Por lo que respecta a la posición de «supremacía» que ocupa la Administración frente a sus funcionarios, no podemos olvidar que la doctrina italiana ya había constatado la crisis de dicho concepto incluso en aquellos sectores de la Administración en que se encuentra más enraizado. Nos referimos, en concreto, al ordenamiento militar y a la obra de V. BACHELET, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Milano, 1962. La línea de BACHELET fue retomada por G. MARONGIU en *Gerarchia amministrativa*, 1970 y *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Milano, 1969.

(16) M. S. GIANNINI, *Per la privatizzazione del rapporto di pubblico impiego*, Scritti per Mario NIGRO, Milano, págs. 159 y ss.

primordial de la Administraciones Públicas (17). De igual modo, los actos administrativos son, cada vez menos, la expresión de la voluntad unilateral de la Administración y expresan, con mayor frecuencia, una voluntad consensuada fruto de acuerdos o pactos previos entre ésta y los particulares (18). Los cambios que acaban de señalarse hacen que se reduzcan algunas de las principales diferencias entre el trabajo en las Administraciones Públicas y en las empresas privadas. De este modo, en la medida en que vayan reduciéndose las diferencias estructurales entre el ámbito privado y el ámbito público, tendrá mayores posibilidades de éxito la aplicación del Derecho Privado al sector público (19).

Las circunstancias expuestas movieron al Gobierno italiano a establecer en el Decreto 29/93 las bases de una reforma del trabajo en las Administraciones Públicas que, como se ha dicho, constituye una verdadera revolución cultural y que ha sido calificada —de forma atécnica, pero ilustrativa— como «privatización del empleo público». De todos modos, prescindiendo del término elegido para definir la reforma operada por el Decreto 29/93, ésta presenta determinadas notas que sirven para definirla correctamente (20). Sintetizando puede decirse que estas notas son, básicamente, tres:

1. Disciplina común. El Decreto 29/93 intenta reconducir la regulación de algunos de los aspectos de la relación funcional hacia el régimen de Derecho privado, es decir, al régimen del C. Civil y del Estatuto de los Trabajadores. Al menos tendencialmente, el estatuto jurídico y económico de funcionarios y trabajadores de la empresa privada deberá basarse en unas mismas fuentes de carácter básicamente privado.

2. Negociación colectiva. También en esta materia el Decreto 29/93 rompe con el sistema preexistente de la Ley-marco 93/83. Los convenios suscritos entre la Administración y los representantes del personal a su servicio tendrán efectos directos —y no en la forma y medida en que sean aceptados por la Administración, como ocurría anteriormente— sobre la relación que une a las partes, al igual que ocurre en el ámbito privado. Y esto sobre la base de un nuevo reparto del espacio anteriormente ocupado

(17) La actividad prestacional que caracteriza a las Administraciones modernas contribuye a aproximar a éstas a las empresas privadas dedicadas, también, de forma primordial a la prestación de servicios. Así ha sido señalado por M. D'ALBERTI, *Lavoro pubblico e privato*, Scritti per Mario NIGRO, Milano, pág. 145.

(18) Estos cambios en la formación de la voluntad de las Administraciones Públicas han sido constatados por la doctrina a la luz de los diversos instrumentos de naturaleza pacticia introducidos por las últimas leyes relativas a distintos sectores de la acción administrativa (Ley 1110/1985, de Ferrocarriles del Estado, Ley 164/1986, del Mezzogiorno, Ley 142/1990, de Autonomía Local y Ley 241/1990, de Procedimiento Administrativo). Así, B. CAVALLO ha señalado: «Tutte leggi appunto che disciplinano le modalità di un assetto negoziato dell'interesse pubblico, accordi e procedimento amministrativo», *Procedimento amministrativo e diritto di accesso*, Napoli, 1991.

(19) Así ha sido señalado, entre otros, por T. TREU, *Il pubblico impiego: riusciremo a farlo entrare in Europa?*, Il Mulino, Bologna, 1991, págs. 307 y ss.

(20) F. CARINCI, *Il fascino indiscreto del diritto privato: la così detta privatizzazione del pubblico impiego*, en T. TREU (a cura di), op. cit.

por la ley en beneficio del contrato, quedando reservados a la regulación legal solamente aquellos aspectos más estrechamente vinculados a la satisfacción de los intereses generales (art. 97 de la Constitución italiana).

3. Competencia de la Jurisdicción Social. La resolución por la Jurisdicción Social de los litigios suscitados en relación con las materias reguladas contractualmente es uno de los aspectos capitales para la eficacia de la reforma. Pero la competencia de la Jurisdicción Social es también uno de los puntos que mayor ruptura presenta respecto de la situación anterior y que, por lo tanto, puede presentar mayor resistencia al cambio.

II. LA NUEVA CONFIGURACIÓN DE LA FUNCIÓN DIRECTIVA

Resulta oportuno a la hora de comentar las principales innovaciones introducidas por el Decreto 29/93 empezar haciendo referencia a los cambios operados en la regulación de los directivos. Los directivos desempeñan un papel capital en el nuevo sistema diseñado por el Decreto 29/93 dado que el éxito de la reforma que éste proyecta depende en buena medida del ejercicio responsable de sus funciones (21).

La intervención llevada a cabo por el Decreto 29/93 ha contribuido a dotar de mayor fuerza y responsabilidad el ejercicio de las funciones directivas, intentando aislarlo de interferencias políticas (22). El artículo 3.1 del Decreto 29/93 ha separado claramente las funciones de «dirección político-administrativa» de las funciones de gestión. Las primeras pertenecen al Gobierno —concretamente al Ministro—, conforme al artículo 14 del citado Decreto; las segundas corresponden a los directivos. La dirección político-administrativa que compete al Ministro comprende funciones de programación y descripción de objetivos y, lógicamente, de control de los resultados obtenidos. Y para los directivos quedan reservadas las tareas de gestión financiera, técnica y administrativa. Del mismo modo, se ha querido proteger a los directivos de las presiones sindicales de la época anterior. Ahora, éstos están obligados a informar (conforme a lo previsto en el art. 10 del Decreto 29/93) de forma previa y en supuestos taxativamente fijados a los representantes sindicales sobre la adopción de determinadas medidas organizativas, pero el derecho de veto sindical ha desaparecido, al menos en el plano jurídico, y por tanto los directivos adoptarán una decisión unilateral y bajo su propia responsabilidad.

Si tradicionalmente la ineficiencia de la Administración se ha atribuido a la falta de poderes, en el ámbito público, análogos a los ostentados por el

(21) P. VIRGA, *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, Milano, 1993; RUSCIANO, «La dirigenza pubblica nell'impiego pubblico privatizzato», en *L'impiego pubblico nell diritto del lavoro*, a cura di RUSCIANO y ZOPPOLI, Torino, 1993.

(22) Los nuevos principios rectores del ejercicio de funciones directivas ya habían sido apuntados por la doctrina. En este sentido, vid., ROMEO, *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni: appunti per una riforma*, «Rivista Giuridica del Lavoro», I, 1989, y MEOLI, *La riforma della dirigenza. Riflessioni sul rapporto tra politica e amministrazione*, «Foro Amministrativo», 1991, pág. 2773.

empresario privado (23), ahora se ha querido dotar de tales poderes a los directivos. Bien entendido que sus nuevos poderes (importados de la empresa privada) en ningún caso suponen un riesgo para la gestión de los intereses públicos sino que, al contrario, contribuyen a asegurarlos. Es preciso repetir que la eficacia de la gestión llevada a cabo por los directivos deberá completarse con una serie de controles sobre su actuación. Concretamente habrá de controlarse la adecuación de los resultados obtenidos a los objetivos previamente fijados en sede política.

Para apreciar mejor las innovaciones que el Decreto 29/93 ha introducido en las funciones y en los órganos directivos puede ser útil un breve examen de la normativa existente con anterioridad a la reforma que se comenta.

De la Constitución italiana, no obstante la parquedad de las disposiciones relativas a esta cuestión, pueden extraerse algunos principios que pretenden orientar la tradicional relación jerárquica entre el Ministro y los directivos hacia una situación de mayor autonomía de éstos últimos (arts. 95-98). De acuerdo con estos principios, en las Administraciones Públicas deberían separarse las funciones de dirección política y de dirección administrativa. Las primeras corresponderían al Gobierno mientras que las segundas serían desempeñadas por los directivos. Pero la efectividad de dicha separación exigiría, además, que los directivos accediesen a sus cargos no por meras razones de afinidad política al Gobierno sino en base a su profesionalidad o aptitud para el desempeño de tales tareas. De otro modo, no sería posible la exigencia de plena responsabilidad a los directivos por su gestión sino que dicha responsabilidad quedaría relegada al ámbito político.

En este sentido, el Decreto del Presidente de la República 48/1972, de 30 de junio, en desarrollo de la Ley 775/1970, de 28 de octubre, reguló el ejercicio de las funciones directivas profundizando en el sentido apuntado en la Constitución, es decir, suavizando el vínculo jerárquico entre titulares ministeriales y directivos, asegurando la autonomía y responsabilidad de estos últimos, introduciendo principios de índole privada en el ejercicio de las funciones de dirección administrativa, etc. Desgraciadamente ninguno de los objetivos señalados pudo alcanzarse de forma efectiva en los años en que la norma citada estuvo vigente.

Ante esta situación, el Decreto 29/93 optó por introducir en el estatuto de los directivos una serie de principios que reforzaran sus funciones en la Administración intentando asimilar su posición a la del empresario privado al frente de su empresa. Por ello, se ha dotado a los directivos de am-

(23) La doctrina italiana venía manifestando la necesidad de completar las previsiones relativas a los nuevos modelos de organización y funcionamiento del sector público con una serie de cambios en el estatuto de los directivos que contribuyeran a fortalecer sus poderes. En este sentido, CASSESE, *L'inefficienza della pubblica amministrazione e i suoi costi*, «Rivista Trimestrale di Scienza Amministrativa», núm. 71, 1989; MURA, *La riforma della dirigenza pubblica in Italia e nella prospettiva di un'integrazione europea*, «Economia Pubblica», núm. 112, 1990, y D'ALBERTI, «Per una dirigenza pubblica rinnovata», in D'ALBERTI (a cura di), *La dirigenza pubblica*, Il Mulino, Bologna, 1990, págs. 13 y ss.

plios poderes de gestión financiera y del personal, de organización de los servicios administrativos, de otros poderes de carácter instrumental y, por supuesto, de poderes de control. Se trata de una opción que en cierto modo resultaba necesaria para lograr la operatividad de la reforma (24).

Asimismo, se han modificado los criterios de selección y formación estableciendo mecanismos que permitan a los directivos adquirir los conocimientos propios de los managers (en el sentido privado del término), por un lado, y que posibiliten, por otro lado, un cambio de mentalidad con respecto al anterior sistema, que les permita aprehender las profundas modificaciones que la normativa reformadora pretende introducir en la Administración (25).

Coherentemente con la reducción del número de directivos y para favorecer la eficacia de la gestión administrativa, se ha operado una simplificación de las categorías de directivos (26), quedando éstas reducidas dos: directivo general y directivo (art. 15). Esta reducción se presenta del todo lógica habida cuenta, por un lado, de la paralela reducción del número de directivos y, por otro lado, de que también el logro de la eficacia en la gestión administrativa pasa necesariamente por la simplificación de las categorías de directivos. En esta línea de renovación se inserta la creación de un registro del personal directivo cuya finalidad es, entre otras, facilitar la movilidad dentro de este grupo.

Por último, hay que hacer una referencia al sistema de responsabilidad y control de los directivos en el ejercicio de los poderes de gestión que ostentan. La exigencia de responsabilidad a los directivos, y al personal de las Administraciones en general, sintoniza con los principios introducidos por la Ley 241/1990 para paliar el hipergarantismo y la irresponsabilidad reinante en la época anterior (27). Siguiendo en la dirección apuntada, el Decreto 29/93 (art. 20) hace responder a los directivos de los resultados obtenidos en relación con los objetivos previamente fijados. A tal efecto, se han establecido unos órganos de carácter autónomo que efectúan un juicio técnico e imparcial. Tales órganos llevan a cabo su control estableciendo una valoración comparativa de costes y rendimientos en la consecución de los objetivos, examinando si se ha realizado una gestión correcta y económica de los recursos públicos y, a su vez, acorde con la imparcialidad y buen funcionamiento de la actividad administrativa.

(24) Sobre las principales innovaciones introducidas por la reforma en la regulación de los directivos, ALBANESE e TORRICELLI, «La dirigenza pubblica», *Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali*, 1993, págs. 517 y ss.

(25) Entre las citadas novedades introducidas por la Ley 421/1992 y del Decreto 29/1993 se encuentra la ya aludida separación entre las funciones de dirección política y dirección administrativa. Las disposiciones relativas a tal separación han sido completadas por varias Circulares (núm. 6 de 4 de marzo, núm. 14 de 30 de marzo y núm. 86 de 8 de septiembre, todas ellas de 1993) dictadas por el Consejo de Ministros. Dichas Circulares fijan los criterios en base a los cuales debe trazarse la línea de separación entre ambos tipos de funciones.

(26) Vid. artículo 15 del Decreto 29/93, modificado por el Decreto 470/93

(27) CLARICH e IARIA, *La riforma del pubblico impiego. Commento...*, op. cit., págs. 184 y ss.

III. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

1. *Consideraciones generales*

La Ley 421/92 ha previsto que la regulación de la relación funcional se nutra de la disciplina del Código Civil, completándose ésta mediante la regulación establecida a través de convenios colectivos.

La regulación mediante contrato de los aspectos fundamentales de la relación funcional es quizá junto con todas las cuestiones relacionadas con ella (nuevas formas de participación y representatividad sindical, representación unitaria de las Administraciones Públicas en las negociaciones de los contratos colectivos por la Agencia para la Representación Negocial, competencia de la Jurisdicción Social para conocer de las controversias planteadas en relación con las materias objeto de contratación, etc.) el punto clave para la operatividad de la reforma proyectada.

No obstante, la mencionada «contractualización» de la relación funcional no ha sido plena (28). En efecto, la Ley 421/92 señala determinados ámbitos objetivos y subjetivos excluidos del ámbito de la contratación colectiva y regulados, por tanto, mediante leyes o actos administrativos dictados en base a éstas. En el ámbito subjetivo, la ley 421/92 —art. 2.1.a)— prevé la exclusión de Magistrados, Abogados del Estado y procuradores, personal militar, fuerzas de policía, directivos generales y personal de la carrera diplomática y prefecticia. De igual modo, en base a la reserva de ley contenida en el artículo 97 de la Constitución italiana, quedan al margen de la regulación contractual —art. 2.1.c) de la Ley 421/92— las materias relativas a la responsabilidad de los funcionarios derivada de la tramitación de expedientes administrativos, los principios fundamentales de la organización de los servicios administrativos, los procedimientos de selección para el acceso a la función pública, la libertad de enseñanza, la normativa de incompatibilidades y la responsabilidad derivada del incumplimiento de ésta.

Lo expuesto permite afirmar el doble perfil de la Administración: público en lo relativo a la organización de sus servicios y privado en lo relativo a la gestión de su personal. Esta dualidad ha suscitado opiniones críticas entre las que se encuentra la del Consejo de Estado. Este órgano, en Reunión Plenaria de 31 de agosto de 1992 se manifestó en contra de la aplicación indiscriminada de normas de Derecho privado a la relación funcional (29). No es posible que la relación que vincula a los funcionarios con la Administración sea íntegramente regulada por el Derecho privado, opina el Consejo de Estado, en atención a las diferencias existentes entre la relación que une a los funcionarios con la Administración y la relación

(28) F. CARINCI, «La disciplina della contrattazione collettiva fra continuità e discontinuità», in NACCARI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico*, 1993.

(29) Vid. nota 2 que recoge algunos de los pronunciamientos de la Adunanza Generale (31 de agosto de 1992) del Consejo de Estado.

existente entre trabajadores y empresarios. En efecto, no puede olvidarse que una de las diferencias fundamentales entre los funcionarios y los trabajadores de la empresa privada es que los primeros deben orientar el ejercicio de sus funciones (de autoridad o no) a la satisfacción de los intereses generales mientras que los segundos deben perseguir los intereses privados de la empresa. Por tanto, no tendría sentido igualar plenamente la situación de los funcionarios (elemento personal de una organización pública) a la del resto de los trabajadores puesto que eso supondría «privatizar» a quienes forman parte de lo público.

También algún sector de la doctrina se ha manifestado contrario a la total privatización de la relación funcional argumentando en sentido análogo al Consejo de Estado (30).

Las opiniones que acaban de señalarse no parece que hayan sido recogidas por el Decreto 29/93, puesto que sujeta la relación funcional al régimen de Derecho privado en la medida en que sea compatible con las especialidades de esta relación y con el logro del interés general (art. 2). Esta opción del Decreto 29/93 es compartida por algún sector de la doctrina (31) para el que la normativa privada no sólo no es incompatible sino que aporta un plus de eficacia y de flexibilidad al desarrollo de la actividad administrativa y a la realización de los intereses generales.

Hechas estas breves referencias al ámbito de extensión y a la polémica planteada por la negociación colectiva, a continuación se expondrán una serie de consideraciones relativas a los sujetos, procedimiento y eficacia de los contratos colectivos.

2. Sujetos de la negociación colectiva

— Los sindicatos. Nuevas formas de intervención.

La reforma ha incidido —de manera restrictiva— también sobre el ámbito y la forma de participación de los agentes sindicales en la gestión de los asuntos de las Administraciones Públicas (32). Paradójicamente, frente al «carácter privado» que inspira la reforma que comentamos y la extensión del ámbito de la contratación colectiva, las organizaciones sindicales han visto reducido su ámbito de intervención y han sufrido también un recorte de su fuerza de presión. En efecto, sobre la base del artículo 1.a) de la Ley 421/1992 que prevé «nuevas formas de participación de los repre-

(30) L. FIORILLO, «La contrattualizzazione del lavoro pubblico», en RUSCIANO e ZOPPOLI, *L'impiego pubblico...*, op. cit.

(31) Vid. entre otros, F. CARINGELLA e R. MARINO, *La riforma del pubblico impiego. Verso...*, op. cit., pág. 146

(32) Paralelamente, se han previsto limitaciones de las expectativas y permisos sindicales. El artículo 54 del Decreto 29/93 ha establecido los criterios en base a los cuales se fijarán expectativas y permisos mediante un acuerdo entre el Presidente del Consejo de Ministros y las confederaciones sindicales más representativas a nivel nacional. Dicho acuerdo deberá ser recogido por un Decreto del Presidente del Consejo de Ministros.

sentantes del personal en la organización del trabajo en las Administraciones», el Decreto 29/1993 ha introducido una serie de previsiones específicas al respecto. Se trata, en concreto, de las disposiciones de los artículos 10 y 48. El primero regula la participación de los sindicatos en la toma de decisiones relativas a la organización del trabajo en las dependencias administrativas, el segundo regula su presencia en las Administraciones.

Por lo que respecta a la participación de los sindicatos en la organización del trabajo (art. 10), las Administraciones Públicas tienen el deber de informarles —y sólo de informarles— de todas las medidas que se adopten en tal ámbito. Solamente en los casos expresamente previstos por el Decreto 29/1993 (determinación del horario de trabajo, definición de los puestos de trabajo, movilidad, contenido general de las pruebas para el acceso a las Administraciones Públicas y cuestiones relacionadas con la igualdad de oportunidades) los sindicatos tienen la posibilidad de discutir de forma conjunta con la Administración las medidas a adoptar, si lo solicitan previamente y en un plazo máximo de 15 días (e incluso más breve en casos de urgencia). Transcurrido dicho plazo, si no se logra un acuerdo entre las partes, la Administración tomará unilateralmente la decisión que considere oportuna.

Como se observa, el Decreto 29/1993 ha optado por poner fin al modelo de «cogestión» que caracterizaba las relaciones entre sindicatos y Administración en la época anterior a la reforma. Se ha eliminado tal modelo para evitar el bloqueo sistemático por los sindicatos de la toma de decisiones organizativas fortaleciendo, así, el papel de los directivos y la celeridad en las gestiones de los recursos humanos.

Si bien es cierto que se ha producido un recorte en el ámbito de intervención de los sindicatos, no es menos cierto que el examen conjunto de las medidas citadas, servirá para que los directivos pongan en conocimiento de estos la finalidad que subsiste en las medidas que se pretenden adoptar. De este modo dichas medidas tendrán más posibilidades de ser aceptadas por los funcionarios.

Por último, el artículo 48 excluye la presencia de los sindicatos en los órganos administrativos en que hasta ahora se encontraban representados. A partir de ahora, mediante convenio colectivo se determinarán nuevas formas y procedimientos de participación de los representantes del personal en la organización del trabajo en las Administraciones Públicas. De esta forma, quedarán sustituidos los anteriores órganos de representación.

— *La Agencia para la Representación Negocial de las Administraciones Públicas.*

Otra de las novedades introducidas por la reforma es la Agencia para la Representación Negocial de las Administraciones Públicas (en adelante

ARAN). La Agencia responde a la previsión contenida en el artículo 2.1.b) de la Ley 421/92 de un específico organismo técnico dotado personalidad jurídica y de autonomía organizativa, contable y de gestión. Este organismo actúa bajo la dirección —mediante directivas— y el control de la Presidencia del Consejo de Ministros. El Decreto 29/93, en su artículo 50 —modificado por el art. 17 del Decreto 470/93— regula los diversos aspectos organizativos y funcionales de la Agencia.

La función de la Agencia es representar de forma unitaria y coherente a las Administraciones en las negociaciones colectivas logrando compatibilizar, en dichas negociaciones, las reivindicaciones del personal —especialmente las de carácter retributivo— con el mejor funcionamiento de los servicios al menor coste económico posible. Entre otros motivos se ha optado por un organismo de estas características para evitar que, como ocurría en la etapa anterior, los representantes de la Administración se encuentren sometidos a presiones políticas y sectoriales que hagan fracasar las previsiones administrativas en materia de negociación, sobre todo en lo relativo a los límites del gasto público. Por ello, se ha creado un organismo técnico atendido por personal experto, no político, que atenderá más a razones de eficiencia y economicidad de los servicios públicos que a razones de consenso electoral, siendo capaz de traducir en acuerdos las directivas del Gobierno sobre política contractual.

Las directivas citadas contienen los criterios generales (33) a los que la ARAN ha de someterse en las negociaciones de los convenios colectivos. Estas directivas son impartidas por el Presidente del Consejo de Ministros, previo acuerdo con las Administraciones regionales (34) en lo relativo al personal dependiente de éstas, y una vez expresada la opinión de las provincias y municipios en lo relativo a su personal.

Mediante el Decreto del Presidente de la República 144/ 1994, de 25 de enero, se ha regulado la organización y el funcionamiento de la Agencia. La Agencia consta de un Comité directivo que ejerce las funciones que la ley le atribuye y, además establece normas de carácter interno para regulación de servicios, ordenación de los puestos de trabajo, administración y contabilidad. Este Comité está compuesto por cinco miembros nombrados por Decreto del Presidente del Consejo de Ministros. Uno de ellos es desig-

(33) Tales criterios aparecen recogidos en el artículo 50.5 del Decreto 29/93, donde, una vez más, se hace patente la voluntad de contener el gasto público. El citado artículo dispone lo siguiente: «Le direttive indicano, tra l'altro, i criteri generali della disciplina contrattuale del pubblico impiego e delle sue vicende modificative; i criteri di inquadramento, le disponibilità finanziarie totali, con riferimento ai documenti di programmazione finanziaria e di bilancio approvati dal parlamento, ed il totale della spesa per retribuzioni; i criteri per l'attribuzione, in sede di contrattazione decentrata, di voci della retribuzione legate ai rendimenti e ai risultati del personale e della gestione complessiva; gli "standards" di rendimento e di risultato e i criteri per verificarli.»

(34) Las previsiones que contiene el artículo 50 del Decreto 29/93 relativas a la participación de las Regiones, responden a las modificaciones introducidas por el Decreto 470/93. Tales modificaciones dan acogida a los pronunciamientos de la Sentencia 359/1993, de 30 de julio, de la Corte Constitucional italiana que declaraba inconstitucionales varios preceptos del Decreto 29/93 por no respetar el margen de intervención regional constitucionalmente previsto.

nado por la Conferencia de Presidentes de las Regiones y de las provincias autónomas de Trento y Bolzano y otro por la Asociación Nacional de Municipios de Italia (ANCI).

El Presidente de la ARAN es elegido por y de entre los miembros del Comité directivo. El Presidente ostenta la representación legal de la ARAN y preside su Comité directivo.

Existe también un Comité de Coordinación que desarrolla fundamentalmente tareas de apoyo al Comité directivo, transmitiéndole las indicaciones y decisiones de las Administraciones interesadas. Este último Comité está integrado por catorce miembros que son representantes de las Administraciones comprendidas en las distintas áreas de negociación colectiva.

Además la Agencia dispone para el cumplimiento de sus funciones de no más de veinticinco funcionarios procedentes de las Administraciones estatal, regional y local que prestan sus servicios en ella en situación administrativa especial. También puede recurrir, para la realización de trabajos concretos, a personal profesional externo, siempre que el número de personas recabadas a estos efectos no exceda de cinco.

3. *La formación del convenio colectivo*

El Decreto 29/93 ha regulado un procedimiento rápido y sencillo para la formación de los convenios colectivos, que responde a las líneas que a continuación se exponen.

La Agencia para la Representación Negocial de las Administraciones Públicas, dentro de los 15 días siguientes a la finalización de las negociaciones, remite al Gobierno el texto de los acuerdos logrados. Dicho texto debe ir acompañado de una serie de anexos en los que se haga constar el personal afectado por tales contratos así como los costes económicos derivados.

El Gobierno debe expresar su parecer en los 15 días siguientes a la recepción del texto. Por lo que respecta a los convenios colectivos relativos a los funcionarios de las Regiones y de los entes dependientes de éstas, el Gobierno antes de pronunciarse debe escuchar previamente a la Conferencia de los Presidentes regionales y de las Provincias autónomas de Trento y Bolzano (art. 51 del Decreto 29/93, modificado por el art. 18.1 del Decreto 470/93). El Gobierno debe verificar, además, la adecuación de los convenios a las directivas impartidas por el Presidente del Consejo de Ministros a la Agencia para la Representación Negocial (35).

Transcurrido el plazo de 15 días, si el Gobierno no manifiesta su pare-

(35) «Il provvedimento autorizzativo del Governo ha il duplice fine di controllo della conformità dell'ipotesi di accordo alle direttive dallo stesso Governo impartite all'agenzia e di legittimazione alle stipulazioni dell'accordo. Solo con l'atto di autorizzazione governativa, infatti, l'agenzia è legittimata a rappresentare l'autorità nelle trattative e nelle conclusioni del contratto, i cui effetti pertanto saranno imputati allo stesso Governo.», F. CARINGELLA e R. MARINO, *La riforma del pubblico impiego. Verso...*, op. cit., pág. 158.

cer de forma expresa se entiende implícita la autorización a la suscripción del convenio.

El trámite siguiente es el control del convenio por la Corte dei Conti, control que se proyecta sobre la legitimidad y compatibilidad económica del convenio con los límites previamente fijados a tal efecto. La Corte dei Conti dispone de un plazo de 15 días para pronunciarse sobre los resultados del control realizado. Transcurrido dicho plazo sin que se produzca un pronunciamiento expreso, se entiende implícita la conformidad del convenio a los límites económicos preestablecidos. Se opta aquí también por el mecanismo del *silenzio assenso* para evitar la excesiva prolongación del procedimiento que caracterizaba al modelo de la Ley-marco 93/83.

Análogos mecanismos de control se han previsto para la negociación descentralizada. En este caso, la suscripción es autorizada por el órgano superior del ordenamiento al que se refiere el convenio y el control económico es efectuado por el órgano previsto a tal fin por dicho ordenamiento. Los plazos para la autorización y el control son, también de 15 días e igualmente funciona el *silenzio assenso*. Para evitar que a través del mecanismo del silencio positivo se vulneren los límites de gasto (36), el artículo 51.4 del Decreto 29/93 ha establecido lo siguiente. «En ningún caso puede ser autorizada la suscripción de convenios colectivos que supongan, incluso con cargo a ejercicios sucesivos, compromisos de gasto que excedan de los límites establecidos en el documento de programación económico-financiera aprobado por el Parlamento y en las Leyes financieras y de Presupuesto».

4. *La eficacia de los convenios colectivos*

Una vez recaída la autorización del Gobierno —expresa o tácita— y efectuado el control de conformidad por la Corte dei Conti, el contrato colectivo adquiere eficacia *erga omnes*. A diferencia de lo que ocurría anteriormente, ahora los contratos producen efectos directos sin necesidad de ser recogidos para ello por una norma administrativa.

Por lo que respecta a las Administraciones Públicas, el artículo 45.9 del Decreto 29/93 (modificado por el art. 15.9 del Decreto 470/93) dispone lo siguiente: «Las Administraciones Públicas respetan las obligaciones asumidas en los convenios colectivos y las cumplen en las formas previstas por los respectivos ordenamientos».

Los problemas que acarrecaba la recepción de los convenios colectivos en un Decreto del Presidente de la República se han eliminado con su eficacia directa. Pero, a cambio, ha surgido el problema de la aplicación uniforme y generalizada de los convenios colectivos a todos los funcionarios con independencia de su adhesión o no a las organizaciones sindicales contratantes.

(36) Se observa fácilmente cómo se han intensificado los controles para evitar que, como ocurría en la época anterior, sean rebasados los límites de gasto inicialmente previstos.

El Consejo de Estado se ha pronunciado al respecto (37), expresando la necesidad de la trasposición de los acuerdos a una fuente reglamentaria para que adquieran eficacia normativa erga omnes. La doctrina, por su parte, también ha constatado dicho problema y reclama la urgencia de una solución pues no resultaría admisible que no se aplicara el contrato a los trabajadores disidentes (38).

IV. MOVILIDAD DEL PERSONAL EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Las novedades que en materia de movilidad ha introducido el Decreto 29/93 deben ponerse en relación (39) con la situación, preexistente a la norma que se cita, de exceso de personal en determinadas dependencias administrativas frente a la carencia en otras. Este desigual reparto parece ser el resultado de la permisividad con que las normas han venido regulando la movilidad —funcional y territorial— y, también, de la resistencia presentada por sus sujetos pasivos.

La normativa anterior al Decreto 29/93 adoptó medidas tendentes a una redistribución racional del personal en las Administraciones Públicas. La Ley-marco 93/83 preveía la movilidad entre las diversas dependencias de una misma Administración y posteriormente el Decreto del Presidente del Consejo de Ministros 325/1988, de 5 de agosto, estableció modalidades más amplias de movilidad funcional y territorial mediante un detallado procedimiento al efecto. Esta regulación, por otra parte, resultó prácticamente inaplicada.

Siguiendo en la línea iniciada por el Decreto del Presidente del Consejo de Ministros 325/88, el Decreto 29/93 recurre a nuevas medidas para lograr un óptimo reparto de los recursos humanos. En concreto, el Decreto 29/93 regula el sistema de movilidad en los artículos 30 a 35 modificados por los sucesivos Decretos 470/93 y 516/93 y en tales preceptos se pone de manifiesto la existencia de una estrecha relación entre movilidad, reclutamiento

(37) Para el Consejo de Estado: «La trasposizione dei contenuti degli accordi in una fonte regolamentare, d'altra parte, sembra indispensabile anche perchè gli accordi stessi acquisiscano efficacia normativa erga omnes.

E noto che l'art. 39 della Costituzione prevede, bensì, contratti collettivi aventi efficacia normativa erga omnes, ma prescrive, all'uopo, una condizione preliminare (la presenza di sindacati registrati, previo controllo di determinate condizioni) e una forma procedimentale (la costituzione di una rappresentanza sindacale unitaria, alla quale ciascun sindacato partecipa in proporzione ai propri iscritti).

Sono altrettante note le ragioni per cui queste disposizioni costituzionali non hanno avuto attuazione. Al di fuori, peraltro, del quadro rigorosamente disegnato dall'art. 39, Cost. non sembra possibile che un contratto collettivo acquisisca per forza propria efficacia normativa erga omnes.», *Adunanza Generale*, op. cit.

(38) M. D'ANTONA, *Rappresentatività e contrattazione collettiva nelle pubbliche amministrazioni*, G. NACCARI (a cura di), *La riforma...*, op. cit.

(39) Debe tenerse presente, también, la estrecha conexión que existe entre los procedimientos de movilidad del personal y el acceso a las Administraciones Públicas (arts. 36 a 44 del Decreto 29/93), puesto que sólo aquellas vacantes que no puedan cubrirse mediante los citados procedimientos serán ofertadas al público.

del personal y determinación de las plantillas orgánicas en las dependencias administrativas.

Para que puedan llevarse a cabo los procesos de movilidad (40), las Administraciones Públicas deberán determinar y comunicar a la Presidencia del Consejo de Ministros las carencias o excesos de personal que presenten en sus dependencias. En base a estos datos, mediante Decreto del Presidente del Consejo de Ministros se determinarán las transferencias de personal que sean necesarias.

En los casos en que se constate un exceso de personal, este dato será puesto en conocimiento de los funcionarios, quedando, estos, sujetos a un proceso de movilidad voluntaria. Si el personal afectado no accede a dicho proceso, la medida de movilidad se aplicará de oficio. Quienes rehúsen esta última medida serán puestos a *disponibilità* conforme a lo establecido en el Texto Único 3/1957. Finalmente, aquellas plazas vacantes que no hayan podido cubrirse mediante los procedimientos de movilidad serán ofertadas al público.

Los criterios que han de regir la movilidad voluntaria, la de oficio, la coordinación entre ambas modalidades así como la coordinación entre procedimientos de movilidad e ingreso del personal serán fijados —previo examen conjunto de estos aspectos con las confederaciones sindicales más representativas a nivel nacional— mediante Decreto del Presidente del Consejo de Ministros (41).

Junto a las modalidades aludidas de movilidad voluntaria y de oficio, el Decreto 546/93 ha introducido una tercera modalidad de movilidad basada en los acuerdos a tal efecto entre las Administraciones Públicas y las organizaciones sindicales con el consenso del personal afectado. Se trata de una forma de movilidad que pretende aportar flexibilidad y eficacia a los procesos de redistribución del personal.

En lo relativo a la movilidad entre las Administraciones de las distintas Regiones, el Decreto 29/93 ha sido modificado por el Decreto 470/93 que acoge los pronunciamientos de la sentencia 359/93 de la Corte Constitucional (relativa al respeto de la autonomía regional). En este sentido, la movilidad entre las distintas Administraciones regionales será regulada por las regiones afectadas respetando las disposiciones de la Ley 554/88. Por otro lado, las regiones pueden adherirse a los procesos de movilidad en las Administraciones estatales previo acuerdo con la Presidencia del Consejo de Ministros.

Junto a la movilidad, también se han introducido otros elementos de flexibilidad en la relación de servicio de los funcionarios que han contribuido a cambiar el contenido y el significado de las categorías profesiona-

(40) MISCIONE e MAINARDI, *Procedure di mobilità*, «Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali», 1993, pág. 776.

(41) La doctrina ha puesto de manifiesto la inidoneidad de la Presidencia del Consejo de Ministros (Departamento de la Función Pública) para llevar a cabo el procedimiento de movilidad. Se señala la falta de un órgano con los poderes necesarios para gestionar los procesos de movilidad habida cuenta de la amplitud y complejidad de tal tarea. En este sentido, GRAGNOLI, *La mobilità*, RUSCIANO e ZOPPOLI, *L'impiego pubblico...*, op. cit.

les. Las categorías profesionales ya no suponen un elemento preciso de clasificación del personal ni habilitan, solamente, para el ejercicio de las funciones propias de éstas. El artículo 56 (42) del Decreto 29/93 dispone que entre las funciones propias de cada categoría profesional se encuentran todas aquellas funciones complementarias o instrumentales para el buen funcionamiento de los servicios administrativos. Esto se traduce en la posibilidad de que los directivos (43) encomienden —de forma ocasional y mediante rotación— a los funcionarios el desempeño de determinadas tareas propias de categorías inferiores o superiores, sin que ello suponga ningún cambio en el tratamiento económico.

Lo expuesto pone de manifiesto la voluntad del legislador de flexibilizar el contenido de la relación de servicio de los empleados en línea con los poderes de gestión otorgados a los directivos. El éxito en la consecución de estos objetivos depende en gran medida de la labor de los directivos, quienes teniendo en cuenta la proyectada redefinición de plantillas y puestos de trabajo deberán hacer una gestión del personal lo más acorde posible con las exigencias del servicio, evitando la sobrecarga de empleados.

Si está prevista, por un lado, la posibilidad de que un funcionario desempeñe tareas específicas propias de categorías distintas a la suya, por otro lado, y cuando esta medida resulte insuficiente para asegurar las exigencias funcionales del servicio, también se ha previsto la posibilidad de desempeñar todas las funciones propias de un determinado puesto de trabajo distinto al suyo. Este último supuesto aparece contemplado en el artículo 57 del Decreto 29/93 —modificado por el Decreto 546/93— donde se especifica que el desempeño de todas las funciones de otro puesto de trabajo de categoría superior procederá en casos de vacante o ausencia del titular de dicho puesto de trabajo y por un plazo no superior a tres meses. En estos casos, el funcionario designado para ocupar tal puesto de trabajo percibirá la retribución correspondiente a éste, pero en ningún caso pasará a ocupar dicho puesto con carácter definitivo, quedando inaplicado, por tanto el artículo 2103 del Código civil. La inaplicación de las disposiciones del artículo 2103 del Código civil pretende acabar con el derecho a la promoción automática que supondría su aplicación.

La jurisprudencia, con anterioridad a la reforma, se había pronunciado en contra de la adscripción definitiva a una categoría superior cuyas funciones se hubieran desempeñado temporalmente.

No han faltado voces en la doctrina (44) que han visto en la no aplicación del artículo 2103 del Código civil un factor de desigualdad entre los trabajadores del sector privado y los funcionarios. En efecto, el artículo 2103 del Código civil establece que la adscripción de un trabajador a un

(42) El sentido de este precepto ha sido aclarado por la Circular de 11 de marzo de 1993, núm. 10.

(43) He aquí otra prueba de los amplios poderes de gestión que corresponden a los directivos.

(44) F. MARINELLI y S. OLIVIERI, *Problemi interpretativi ed attuativi del decreto legislativo 3 febbraio 1993*, núm. 29, «Documenti Giustizia», núm. 50, 1993.

puesto de trabajo de categoría superior a la suya, se convertirá en definitiva por el transcurso de un periodo —no superior a tres meses— fijado por convenio, siendo nulo cualquier pacto en contrario. Sorprende, por ello, que el Decreto 29/93 haya obviado esta norma contrariando, de esta manera, el espíritu de integración entre la normativa de empleo pública y la privada.

V. SISTEMA DISCIPLINARIO

Antes de exponer la nueva configuración de la responsabilidad disciplinaria tras la reforma operada por la Ley 421/92 y el Decreto 29/93, es conveniente hacer algunas referencias relativas a diversos aspectos del sistema disciplinario preexistente a la citada reforma.

A este respecto, la doctrina italiana (45) ha reparado en la situación crítica o de anquilosamiento que viene afectando al sistema disciplinario. Esta situación deriva de diversos factores que se encuentran bien en la lógica interna del sistema disciplinario o bien en la estructura organizativa de la Función Pública. Entre estos factores pueden individualizarse algunos como:

1. La falta de interés del ejercicio de esta potestad por quienes la tienen atribuída.

2. El «hipergarantismo» propio de la materia disciplinaria debido al cúmulo de las garantías inicialmente previstas por la normativa disciplinaria de los funcionarios y las importadas de la normativa privada. De este exceso de garantías deriva el hecho de que en la actualidad sea altamente improbable, por no decir imposible, la apertura de un expediente disciplinario, con el clima de impunidad que esto conlleva.

3. Por otro lado, en la tipificación de los ilícitos disciplinarios —caracterizada por su genericidad e imprecisión— no se han tenido en cuenta, de manera directa, aquellos comportamientos que inciden de forma principal en el buen funcionamiento de los servicios administrativos. No se ha tenido en cuenta la íntima relación que existe entre el Derecho disciplinario y la funcionalidad de la organización administrativa, en cuanto que el fin último de aquel es garantizar el buen funcionamiento de los servicios administrativos.

La doctrina (46) y la jurisprudencia han visto en las infracciones disciplinarias el reflejo de un sistema disciplinario anclado en principios de carácter autoritario —supremacía especial, ejercicio de funciones de autori-

(45) M. ESPOSITO, «Il potere disciplinare», in RUSCIANO e ZOPPOLI, *L'impiego pubblico...*, op. cit., G. MOR, «Il potere disciplinare nel pubblico impiego: tendenze recenti», *Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali*, núm. 9, 1991.

(46) LANDI, Voce «Disciplina», Enciclopedia del Diritto, T. XIII; V. SPAGNOLO VIGORITA, *Osservazioni sul fondamento del potere disciplinare degli enti pubblici*, 1954.

dad, etc.— frente a un sistema que, de acuerdo con las disposiciones constitucionales, debería basarse en el principio de autotutela y cuya finalidad última consiste en obtener de los funcionarios el diligente cumplimiento de sus deberes.

Si se acude a la normativa básica en esta materia —Texto Unico de 1957 y Ley-marco de 1983— se constata fácilmente cómo el legislador ha desatendido las reflexiones que acaban de exponerse, pues las normas citadas, a la hora de tipificar las infracciones disciplinarias, permanecen ancladas en férreos esquemas cuasi penales que constituyen un conjunto de fórmulas vacías e ineficaces. Pero deben superarse estos esquemas que responden a un modelo de Administración, menos evolucionada en sus funciones y menos compleja a nivel orgánico y estructural, muy distinta a la actual y que tutelan solo algunos intereses de carácter estático y debe optarse por un nuevo sistema disciplinario que tutele también los intereses dinámicos: eficacia, funcionalidad y otros intereses que tradicionalmente se han venido considerando como exclusivos de la empresa privada.

Las razones expuestas han hecho sentir, en la doctrina (47), la necesidad de incorporar al sistema disciplinario la negociación colectiva y otras instituciones del Derecho Privado para regular algunos de sus aspectos. Así se aportaría flexibilidad a este sistema y se haría más coherente con las exigencias organizativas de los servicios públicos. No obstante, hay que tener en cuenta que la «privatización» de la materia disciplinaria no se realizaría mediante un mero traspaso de reglas de Derecho privado a la normativa pública, ya que de esta forma no sólo no se lograría cambiar nada sino que se aumentarían las dificultades del sistema disciplinario público (48).

No basta, por tanto, una mera modificación normativa del régimen disciplinario sino que ésta debe ir acompañada de una profunda transformación de las estructuras que están en la base de tal normativa (49).

Con las salvedades expuestas, la incorporación al sistema disciplinario de los funcionarios de algunas instituciones típicas, hasta ahora, del Derecho privado no presenta mayores dificultades dado que tanto en el ámbito público como en el privado la finalidad del derecho disciplinario es la misma: garantizar el buen funcionamiento de las instituciones en las que se aplica.

De conformidad con lo expuesto, las propuestas de reforma formuladas en sede doctrinal —y en gran parte acogidas por el Decreto 29/93— pueden sintetizarse como sigue:

1. Redefinición de los ilícitos administrativos

En la medida de lo posible es preciso que las infracciones prevean aquellos comportamientos que entorpezcan el normal desarrollo de la

(47) Vid. entre otros, RUSCIANO y ZOPPOLI, *L'impiego pubblico...*, op. cit., CONTIERI, *Potere disciplinare e accordi sindacali nel pubblico impiego*, 1984.

(48) MENGONI, «I poteri dell'imprenditore», en AA.VV., *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985.

(49) M. RUSCIANO, *L'unificazione normativa del lavoro pubblico e del lavoro privato*, «Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali», núm. 2, 1989.

prestación de servicios, la funcionalidad y la eficiencia de la organización administrativa. Ahora bien, para que estas previsiones sean eficaces, es preciso determinar previamente y con la mayor concreción posible las funciones y deberes de los funcionarios. Por otro lado, la precisión en la determinación de las infracciones contribuirá a reducir la discrecionalidad administrativa en la apreciación de las faltas y facilitará la labor de individualización de los incumplimientos de los funcionarios, que no podrán ocultarse tras fórmulas vagas y ambiguas.

2. Reducción de las formalidades en el procedimiento disciplinario

Lo que se propone no es una reducción del nivel de garantías sino el diseño de un procedimiento menos formal, más ligero. Parece que se está pensando en los procedimientos de naturaleza conciliadora y arbitral análogos a los previstos en el Estatuto de los Trabajadores.

3. Previsión de un órgano *ad hoc* encargado exclusivamente de perseguir las infracciones disciplinarias

De esta forma podría obtenerse una respuesta más tempestiva a las infracciones y, además, se reducirían los efectos de las «relaciones personales» que con frecuencia suelen darse entre el funcionario infractor y el encargado de perseguir tales infracciones, relaciones que contribuyen a distorsionar el ejercicio del poder disciplinario.

Hechas estas referencias, a continuación se exponen los aspectos más significativos de la legislación reformadora en materia de responsabilidad disciplinaria. En este aspecto, hay que advertir que la nota característica de la Ley 421/92 y del Decreto 29/93, es la falta de claridad. En primer lugar, la Ley 421/92 —arts. 1 y 7— establece reserva de ley para la regulación de la responsabilidad de los funcionarios derivada de la tramitación de procedimientos (50) administrativos y del incumplimiento de las normas en materia de incompatibilidades. El Decreto 29/93 —art. 59—, en su primera redacción, mantenía inalterada la normativa vigente en materia de responsabilidad administrativa, civil, penal y contable. Se observa que el Decreto 29/93, no hace ninguna referencia a la responsabilidad disciplinaria, pues no debe confundirse ésta última con la responsabilidad administrativa cuyo contenido ha sido precisado por reiterada jurisprudencia de la Corte dei Conti (51).

Ante esta situación cabría pensar, bien que la Ley 421/92 y el Decreto 29/93 han querido hacer tabla rasa del sistema anterior y por eso no hacen ninguna mención a él o bien que sigue vigente el artículo 22 (52) de la Ley-marco 93/83, puesto que no había sido derogado expresamente por la normativa reformadora.

(50) Se regula dicha dicha responsabilidad en consonancia con los nuevos principios introducidos por la Ley 241/90

(51) Algunos autores identificam ambos tipos de responsabilidad. Vid., en este sentido, M. S. SANDULLI, *Diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989.

(52) El citado artículo señala: «Il dipendente che contravienne ai doveri del proprio ufficio é soggetto alle sanzioni disciplinari previste dalla legge.»

Pues bien, el Decreto 546/93 vino a aclarar la dudosa cuestión de si la responsabilidad disciplinaria seguía rigiéndose por la normativa anterior a la reforma o si de forma coherente con dicha reforma se veía afectada por los principios de Derecho privado. El Decreto citado opta claramente por la adopción de los principios de Derecho privado en materia disciplinaria, reforma profundamente el artículo 59 del Decreto 29/93 estableciendo la plena aplicabilidad a la materia de lo dispuesto en los artículos 2106 del Código civil y 7 del Estatuto de los Trabajadores y regula, en estrecha relación con lo anterior, un código de comportamiento de los funcionarios.

Es preciso resaltar, en primer lugar, la relevancia del citado código ético —art. 58 del Decreto 29/93— que concreta de forma ejemplificativa las obligaciones de diligencia, lealtad e imparcialidad que califican el correcto cumplimiento de los deberes de los funcionarios y configura el núcleo de preceptos cuya violación dará lugar a la aplicación de las sanciones disciplinarias. Este código debe ser elaborado por la Presidencia del Consejo de Ministros (Departamento de la Función Pública), oídas previamente las Confederaciones sindicales más representativas a nivel nacional. El Presidente del Consejo de Ministros indica mediante directivas a la ARAN la forma en que tal código ha de ser acogido por los convenios colectivos. El código se renovará cada cuatro años por el mismo órgano que lo elabora atendiendo a las sugerencias de las Administraciones Públicas, organizaciones sindicales y asociaciones de consumidores y usuarios. Una vez que el código de comportamiento sea recogido en los convenios colectivos —respetando lo previsto en él— estos podrán determinar la tipología y entidad tanto de las infracciones como de las sanciones, integrando de esta forma las disposiciones del Código civil y del Estatuto de los Trabajadores en materia disciplinaria.

Los funcionarios se comprometen a observarlo al ingresar al servicio de la Administración y corresponde a los directivos velar por la observancia de las normas del código.

Por lo que respecta al procedimiento disciplinario, se rige por las disposiciones del artículo 59 del Decreto 29/93, modificado por el Decreto 546/93. Para el ejercicio de las funciones disciplinarias cada Administración deberá disponer de un órgano *ad hoc* que será competente tanto para la iniciación e instrucción del procedimiento disciplinario como para la aplicación de la sanción correspondiente.

También las fórmulas de carácter conciliador han hecho su aparición en el ámbito disciplinario pues se otorga al funcionario la posibilidad de negociar con el órgano sancionador la rebaja de la sanción inicialmente propuesta por éste, en cuyo caso desaparecería la posibilidad de impugnar la sanción que resultara del acuerdo logrado entre ambas partes. En caso contrario, la sanción podrá impugnarse ante el Colegio arbitral de disciplinario de la Administración donde el funcionario presta sus servicios.

No obstante, los convenios colectivos pueden establecer cualesquiera otros mecanismos de conciliación que constituyan una vía previa al recurso ante el Colegio Arbitral. En cualquier caso, las vías aludidas tienen ca-

rácter facultativo puesto que es posible acudir de forma directa a la Jurisdicción Social, competente para conocer de estas cuestiones dada la nueva impronta contractual que ha querido darse a la materia disciplinaria.

Por último, una referencia a la norma transitoria del artículo 72 (53) contenida en el Decreto 29/93, que mantiene la vigencia de la normativa disciplinaria contenida en el Texto Único de 1957 y en la Ley-marco 93/83 en tanto no exista un primer convenio colectivo sobre la materia. Esta previsión es de todo punto lógica, pues no tendría sentido derogar de golpe toda la normativa disciplinaria y sustituirla por las disposiciones del Código civil y del Estatuto de los Trabajadores que sin el complemento de los convenios colectivos resultarían insuficientes. Por ello, se ha optado por una transición gradual de una fórmula a la otra que responda de forma adecuada a las peculiares características de la materia disciplinaria.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Todavía es demasiado pronto para hacer una valoración de los resultados de la reforma operada por la Ley 421/92 y el Decreto 29/93, habida cuenta de que la mayoría de sus disposiciones no entrarán en vigor hasta la suscripción de la segunda ronda de convenios colectivos tal y como señala la disposición transitoria del artículo 72 del Decreto 29/1993. Es preciso tener en cuenta, además, que las normas referidas contienen tan sólo una serie de principios generales que constituyen los presupuestos básicos de un nuevo modelo de organización de la Función Pública. Por ello, la concreta configuración de este modelo requiere la adopción, por parte del Gobierno y de la Administración, de toda una serie de medidas y disposiciones al efecto.

Estamos ante una reforma que no ha hecho más que empezar, que se prolongará en el tiempo y que en su largo camino se encontrará con no pocos obstáculos (54). Por un lado, hay que hacer referencia a los problemas derivados de la fase transitoria. Es previsible que en tanto las disposiciones reformadoras no cobren plena vigencia se presentarán múltiples situaciones de incertidumbre normativa debidas entre otras causas a la falta de claridad de las disposiciones transitorias. Dichas incertidumbres habrán de ser resueltas mediante una labor interpretativa de los principios rectores de la reforma (55).

(53) Este precepto señala lo siguiente: «Fino all'adozione di una diversa disciplina contrattuale secondo quanto previsto dal comma 1 in materia d'infrazioni e sanzioni disciplinari, per quanto non espressamente modificato dall'articolo 59 continuano ad applicarsi le disposizioni dei capi I e II del titolo VII del decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, núm. 3, nonché le norme che regolano le corrispondenti materie nelle amministrazioni pubbliche in cui tale decreto non si applica.»

(54) En este sentido, M. CLARICH, *Per il nuovo statale una corsa a ostacoli*, «Mondo Economico», 26 dicembre 1992.

(55) Los principios inspiradores de la reforma se encuentran apuntados en el artículo 2.1 de la Ley 421/92 que autoriza al Gobierno para elaborar uno o varios Decretos Le-

Por otro lado, como ya se dijo más atrás, las disposiciones de la Ley 421/92 y del Decreto 29/93 no sólo han llevado a cabo una amplia reforma normativa del sistema de Función Pública sino que constituyen una verdadera revolución cultural. Por ello, en el desarrollo y aplicación de la reforma —y puesto que esta se enfrenta a un sistema normativo y a comportamientos y mentalidades consolidados durante largo tiempo— serán previsibles resistencias e incapacidades de adaptación por parte de los sujetos afectados. En este sentido, el logro de los objetivos previstos por la reforma dependerá en buena medida de la actitud que adopten sus principales destinatarios. Será preciso, a tal efecto, que el Gobierno y las Administraciones Públicas adopten, a la mayor brevedad posible, las disposiciones necesarias para dotar de efectividad a las previsiones de la Ley 421/92 y del Decreto 29/93. La ARAN, las Administraciones Públicas y las organizaciones sindicales, por su parte, deberán respetar los respectivos márgenes de competencia reservados a la ley y a la negociación colectiva.

También es preciso contar con una clase directiva preparada para afrontar sus responsabilidades de gestión al frente de las dependencias administrativas y ahora sin la cobertura política de la que gozaba con anterioridad (56). De este modo, cobra especial relevancia la seriedad con que se actúe todo el sistema de controles previstos para comprobar si los resultados de la gestión realizada por los directivos se ajustan a los objetivos prefijados. En relación con lo expuesto, sería deseable que los órganos de dirección política —ahora desprovistos de poder de gestión administrativa— no interpreten de forma «extensiva» sus funciones, tratando de invadir el ámbito de la gestión administrativa.

No menos importante es la acogida y puesta en práctica por los funcionarios de los nuevos conceptos introducidos por la reforma: movilidad, productividad, plena responsabilidad, etc. Pues no puede olvidarse que a la novedad de los conceptos aludidos debe añadirse la mentalidad funcional forjada durante muchos años en un clima de ineficacia, hipergarantismo y ausencia de controles.

Tampoco debe olvidarse la contribución a la puesta en marcha de la reforma que corresponderá a las organizaciones sindicales habida cuenta de la redefinición de su área de intervención. Lo mismo cabe decir respecto de la Jurisdicción Social, competente para conocer de determinadas controversias entre la Administración y los funcionarios, dado que su jurisprudencia contribuirá a completar las disposiciones reformadoras.

Para terminar, hay que señalar que el enjuiciamiento de la reforma debe hacerse de forma constructiva (57), valorando positivamente los principios que la inspiran y partiendo de la dificultad que supone aventurar

gislativos al objeto de lograr, por un lado, la contención, la racionalización y el control del gasto en el sector del empleo público y, por otro lado, la mejora de la eficacia y de la productividad en dicho sector. El Decreto 29/93 (con las modificaciones sufridas por los Decretos 470/93 y 546/93) ha dedicado su Título I a desarrollar los citados principios.

(56) Cfr. VOLPE, *Il pubblico impiego*, op. cit.

(57) En este sentido, E. CARDI, *Note di diritto...*, op. cit., págs. 23 y ss.

sus resultados a corto y medio plazo (58). En cualquier caso, si no fuera posible llevar a la práctica las principales previsiones de la Ley 421/92 y del Decreto 29/93, fracasaría el proyecto, más amplio, de saneamiento del sistema administrativo (59).

(58) M. CLARICH, *Per il nuovo statale...*, op. cit.

(59) Por todos, S. GRASSELLI, *Una contrattualizzazione...*, op. cit. pág. 2137.

