

Una reforma abierta: la denominada privatización del empleo público

SUMARIO: 1. LA PRIMERA FASE: LA LEY DE DELEGACIÓN DE 23 DE OCTUBRE DE 1992, NÚM. 421, Y EL DECRETO LEGISLATIVO DE 3 DE FEBRERO 1993, NÚM. 29. 2. CONTINUACIÓN. EL RESURGIR CONTRACTUAL DEL PERÍODO 1994-1997. 3. LA SEGUNDA FASE: LA LEY DE DELEGACIÓN DE 24 DE MARZO DE 1997, NÚM. 59. 4. CONTINUACIÓN. EL DECRETO-LEY DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1997, NÚM. 396, SOBRE LA CONTRATACIÓN COLECTIVA Y LA REPRESENTATIVIDAD. 5. COMPETENCIAS Y ESTRUCTURA DE LA CONTRATACIÓN COLECTIVA. 6. SUJETOS DE LA CONTRATACIÓN COLECTIVA: a) La Agencia para la representación negocial; b) Las confederaciones y las organizaciones sindicales representativas da ámbito nacional. 7. EL PROCEDIMIENTO DE LA CONTRATACIÓN COLECTIVA. 8. LAS REPRESENTACIONES SINDICALES Y DEL PERSONAL EN LAS ADMINISTRACIONES.

1. LA PRIMERA FASE: LA LEY DE DELEGACIÓN DE 23 DE OCTUBRE DE 1992, NÚM. 421, Y EL DECRETO LEGISLATIVO DE 3 DE FEBRERO 1993, NÚM. 29

La denominada privatización del empleo público es fruto de una evolución que se viene sucediendo desde hace más de diez años y cuyos hitos principales están constituidos por los informes

Traducción: Dr. Antonio ESTELLA DE NORIEGA. Profesor Ayudante Derecho Administrativo, Universidad Carlos III de Madrid.

Coppo (1977), Cnel (1978) y Giannini (1979), constituyendo, por tanto, el período de gestación de la Ley marco del empleo público (Ley núm. 93/1983).

La Ley núm. 93/1983, expresión de una combinación singular entre el mantenimiento del *status* de los empleados públicos y la contractualización del tratamiento económico y normativo de éstos, establecía un sistema de fuentes *ad hoc*: distribución de las materias, a veces distinta, a veces concurrente, entre la ley y la contratación; previsión de una contratación con espíritu negocial y formalmente normativa; configuración de una secuencia procedimental rígida entre negociación, autorización, firma, adopción por decreto presidencial y actividad de control por parte del Tribunal de Cuentas. Una combinación peculiar, pero expuesta a un rápido desgaste por el transcurso del tiempo, por la misma anómala y ambiciosa convivencia de un doble régimen, tanto como para dar entrada a un sofisticado y barroco sistema de fuentes.

De hecho, los últimos años ochenta conocieron una creciente inadecuación de la Ley, circunstancia que contribuyó a la aparición y desarrollo de más de una disfunción de la misma. La primera tendencia «patológica» era la constituida por la acentuación del corporativismo con un incremento del sindicalismo autónomo y de los movimientos espontáneos, *vis-a-vis*, del sindicalismo confederal, dando lugar a una representación atomizada y a una representatividad ficticia; la segunda venía constituida por la denominada huida de la ley marco, es decir, la exclusión de su campo de aplicación de ámbitos enteros de la Administración pública con fundamento en una heterogénea «privatización» de las relaciones de empleo; la tercera y última estaba representada por un creciente empuje reivindicativo, dirigido, ciertamente, por clases y sectores con una fuerte presencia de profesiones «tradicionales»; conciencia y expectativas de *status* y organización autónoma y espontánea.

No obstante la crisis del marco legal y la subsiguiente conciencia de su pérdida de eficacia desde finales de la década de los ochenta e inicio de la presente, bien pocos se hubieran arriesgado a apostar que la reforma del empleo público hubiera llegado a buen término. Sin embargo, en el transcurso de esta última década la privatización del empleo público ha adquirido forma y velocidad de cruce con una primera ley de delegación (artículo 2, párrafo 1, D.Lgs. núm. 421/1992), seguida de una amplia delegación legislativa (D.Lgs. núm. 29/1993, D.Lgs. núm. 470/1993, D.Lgs. núm. 546/1994), que constituyen el fundamento de la nueva contratación de *comparto**; y una segunda

* N. del T.: Aunque tal concepto se refiere a sectores circunscritos y especializados de

ley de delegación (art. 11, párrafo 1, D.Lgs. núm. 59/1997) destinada a ser objeto de posterior operación de delegación legislativa que ha tenido ya una primera realización con el Decreto legislativo núm. 396/1997.

Esta situación ha sucedido por una peculiar combinación entre un protagonista privilegiado y el contexto que existe en este país, como en cualquier otro de la Unión Europea, con la vista puesta en el nacimiento del euro. Por un lado, el sindicalismo confederal, inclinado a representar el entero universo del trabajo por cuenta ajena, pagaba un coste creciente por una diferenciación, siempre perversa, entre empleo público y empleo privado; por otro, el Gobierno de turno se veía obligado a enfrentarse con el necesario redimensionamiento de un *déficit* público elevado y fuera de control. Objetivo común, que parece perseguible y alcanzable por el camino elegido de reconducir el empleo público bajo el «Derecho común», es decir, por excelencia, el Derecho privado.

Ésta es la *ratio* de la reforma que aparece expresada *aperti verbis* en la propia Ley de delegación núm. 421/1992 y en el D.Lgs. núm. 29/1993 y en los sucesivos decretos que lo modifican¹. El ámbito de aplicación de estas normas es tan extenso que no tiene equivalente más allá de los Alpes. Comprende el entero universo del empleo público, excepción hecha de algunas categorías específicas como los magistrados, los abogados y procuradores del Estado, el personal militar y de las fuerzas de policía del Estado, el personal de la carrera diplomática y de la carrera gubernativa y el personal docente universitario².

Y es en este ámbito de aplicación en el que la reforma asume la peculiaridad de la coexistencia entre una Administración que permanece pública y un personal que deviene privado: coexistencia querida y programada con fundamento en una diferenciación entre «la organización de los oficios» y «las relaciones de trabajo y empleo de las dependencias de las Administraciones públicas» (art. 1, apartado 1, D.Lgs. núm. 29/1993)³. Consecuen-

una actividad —en cierta medida próximos a los antiguos contratos de carácter estatutario previstos en materia de función pública por el ordenamiento jurídico español—, en tanto expresivo de un régimen jurídico sustantivo, he optado por mantener la denominación original del concepto.

¹ Sobre este tema, cfr. T. TREU, «Finalità della riforma», y F. LISO, «La privatizzazione dei rapporti di lavoro», ambos en *Il lavoro alle dipendenze dalle amministrazioni pubbliche dal D.LGS. n. 29/1993 alla Finanziaria 1995*. Commentario diretto da F. CARINCI, Giuffrè, Milano, 1995, págs. 5 y ss. y 72 y ss.

² Conforme amplía A. TURSI, «L'ambito oggettivo di applicazione», en *Il lavoro alle dipendenze dalle amministrazioni pubbliche*, cit., pág. 29.

³ Sobre este tema, véase A. ORSI BATTAGLINI, «Fonti normative e regime giuridico del rapporto di impiego con enti pubblici», *GDLRI*, 1993, 59/60, pág. 461; M. D'ANTONA,

temente, tal posición desvanece aquella neta diferenciación entre fuentes, poderes, controles, orden jurisdiccional, como bien se pone de relieve del estudio comparativo realizado a la luz del D.Lgs. núm. 29/1993:

a) En relación con «*la organización de los oficios*» las fuentes son aquellas a las cuales se refiere el artículo 2, punto 1, D.Lgs. núm. 29/1993 (las «administraciones están organizadas según las disposiciones legales y reglamentarias, sobre la base de las mismas, mediante actos de organización»); los poderes son aquellos a los que se refiere el artículo 4, punto 1, primer párrafo del D.Lgs. núm. 29/1993 («las Administraciones públicas asumen cada determinación para la organización de los oficios con el fin de asegurar la economía consecución y respuesta del interés público de la actividad administrativa»); los controles son aquellos que menciona el artículo 4, punto 3 del D.Lgs. 29/1993 [están «sujetos a control preventivo de legitimidad... los reglamentos y los actos administrativos adoptados en las materias a las que se refiere el artículo 2, punto 1, letra c), números del 1 al 7 de la Ley 421/1992]; el orden jurisdiccional es aquel al que se refiere el artículo 68, punto 1, último párrafo del D.Lgs. núm. 29/1993 [quedan sujetos a las jurisdicciones administrativas las «materias contenidas en los números del 1 al 7» del artículo 2, punto 1, letra c) de la Ley 421/1992];

b) Respecto de las «*relaciones de trabajo y de empleo*», las fuentes son, en cambio, las previstas en el artículo 2, puntos 2 y 3, D.Lgs. núm. 29/1993, es decir, el Código Civil, las leyes sobre relaciones de trabajo dependiente en la empresa, y los contratos colectivos e individuales; los poderes son los indicados en el artículo 4, punto 1, párrafo 2, D.Lgs. núm. 29/1993 («las Administraciones públicas, en las materias sujetas a la disciplina del Código Civil, de las leyes laborales y de los contratos colectivos,... actúan con los poderes del empleador privado, adoptando todas las medidas inherentes a la organización y a la gestión de las relaciones de trabajo»); los controles, *rectius*, en sentido estricto o no, son recordados por el artículo 4, punto 2 (los «actos relativos a las relaciones individuales de trabajo no están sujetos al control de legitimidad del Tribunal de Cuentas y de los otros órganos de control externo»); el orden jurisdiccional es aquel mencionado en el artículo 68, punto 1, párrafo 1 (están «atribuidos al juez ordinario competente en el orden laboral todos los litigios que

«Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle Pubbliche amministrazioni», *ADL*, 1997, págs. 4 y 35; M. T. CARINCI, «Il contratto collettivo nel settore pubblico tra riserva di regime pubblicistico e riserva di legge», *RIDL*, 1994, y 571.

atañen a la relación de trabajo del personal de las Administraciones públicas...»).

Ciertamente, la reforma tiende a concentrar en la dirección la competencia de los poderes públicos en materia de organización de los oficios y de la gestión de los empleados ⁴, a través de una operación convergente; por una parte, valoriza la reserva de ley relativa a la organización mediante el reconocimiento a los reglamentos y los otros actos administrativos de un amplio margen de maniobra; por otro, destaca la autonomía empresarial en materia de gestión, con la atribución a la iniciativa empresarial de plena libertad de acción, una vez asegurados los trámites informativos y/o consultivos y/o negociales eventualmente previstos.

No obstante, no parece que su puesta en marcha haya tenido una traducción práctica efectiva y eficaz. Elegir una fecha requería, cada vez, una articulación de medidas de organización y de gestión mediante actos públicos y privados coordinados, e implicaba más de una complicación al ser sometidos aquéllos a los controles de legitimidad y a los jueces administrativos y sustraídos a tales controles y entregados, posteriormente, a los jueces ordinarios.

2. CONTINUACIÓN. EL RESURGIR CONTRACTUAL DEL PERÍODO 1994-1997

En el sistema de la reforma destaca con toda su relevancia la contratación colectiva, a la que se da una nueva vida respecto de la precedente ley marco. Y tiene relevancia desde una doble perspectiva, eficaz ya en la fase transitoria, antes, incluso, de estar vigente, porque ciertamente reconoce a la contratación colectiva, en primer lugar, una función peculiar de transformación de la «vieja» a la «nueva» disciplina, en el sentido de la norma transitoria contenida en el artículo 72 D.Lgs. núm. 29/1993. La «vieja» normativa, constituida por los acuerdos sindicales contenidos en el D.P.R. y las normas generales y especiales previamente vigentes, más no anuladas, está destinada a perder su validez en el transcurso de las dos sucesivas rondas negociales; la primera —concluida en 1997— sólo en relación con la materia considerada explícitamente como propia de la negociación colectiva; la

⁴ Sobre el nuevo papel desempeñado por la *dirigencia* en la reforma véase, por todos, C. D'ORTA, «Qualifiche e funzioni dirigenziali», en *Il lavoro alle dipendenze dalle amministrazioni pubbliche*, cit., pág. 442.

segunda —programada a partir de 1998— para todas las materias restantes, reguladas o no por la misma negociación colectiva ⁵.

Fuertemente tributario del D.Lgs. núm. 29/1993 y del Protocolo de 23 de julio de 1993, resulta el sistema articulado, al efecto, en el transcurso de la primera ronda contractual para los ocho sectores y las otras tanto áreas directivas ⁶, caracterizándose por una elevada centralización jerárquica y la distinción entre negociación «normativa» y «económica» de carácter cuatrienal y bienal respectivamente.

En cuanto a la organización de los sectores, el D.P.C.M. de 30 de diciembre de 1993, núm. 593, acordó confirmar aquellos antecedentes: Ministerios, Entes públicos no económicos, Regiones y Entes locales, Hacienda y Administración del Estado y entes autónomos, Servicio sanitario nacional, Instituciones y entes de investigación y experimentación, Educación y Universidad. Una mirada detenida a los contenidos normativos de los contratos suscritos pone de relieve, sin lugar a dudas, la convergente finalidad de equiparación de tratamiento; intersectorial, entre el personal de las Administraciones públicas y de la empresa privada; interdepartamental, entre el personal de las Administraciones públicas encuadrados en los diferentes sectores.

Según la construcción tipificada, los contratos de *comparto* son aprobados con una regulación convencional del ejercicio del derecho de huelga en los servicios públicos esenciales; y constan de una parte «obligatoria», a su vez dividida en dos, dedicadas al ámbito, duración, transcurso, procedimiento de aplicación del contrato y, respectivamente, al sistema de relaciones sindicales. Sólo en algún lugar de la primera parte se enfatiza la reconstrucción privatista de la autonomía colectiva regulada en el D.Lgs. núm. 29/1993, con la reconducción explícita de la eficacia del contrato a sus estipulaciones; y se recalca la disciplina dictada en el Protocolo de 23 de julio de 1993, con la previsión de un período de disminución de los efectos antes del vencimiento del contrato, la indemnización de vacaciones contractual, la distinción, como hemos visto, entre duración cuatrienal para el trata-

⁵ Sobre el peculiar mecanismo de «transformación» introducido por la reforma véase, por todos, G. GHEZZI, «Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e la ridefinizione delle fonti», y A. MARESCA, «Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti», igualmente en AIDLASS, «Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti», *Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, L'Aquila, 31 maggio-giugno 1996, Giuffrè, Milano, 1997, págs. 3 y ss. y 91 y ss.

⁶ Sobre toda la jornada del contrato de *comparto* y del área dirigente, véase, respectivamente, *Il lavoro alle dipendenze dalle amministrazioni pubbliche, I contratti collettivi di comparto*. Commentario diretto da F. CARINCI, Giuffrè, Milano, 1997, e *Il lavoro alle dipendenze dalle amministrazioni pubbliche. I contratti collettivi di area dirigenziale*. Commentario diretto da F. CARINCI, Giuffrè, Milano, 1998.

miento normativo y la duración bienal para el tratamiento económico.

En cuanto a la segunda, dedicada al sistema de relaciones sindicales, presenta una filosofía profundamente innovadora respecto del pasado; es decir, de una neta distinción de roles y responsabilidades de las administraciones y de las organizaciones sindicales, con el objetivo común de compatibilizar la mejora de las condiciones de los empleados con el incremento de la eficacia y de la eficiencia del servicio. Filosofía ésta que postula un sistema de relaciones sindicales estable, construido sobre una sofisticada graduación de las fases y del procedimiento; la información; el examen, con una eventual participación; la consulta; la contratación descentralizada según la cláusula de reenvío prevista en el contrato de *comparto*, en materia de retribución vinculada a la productividad y al desarrollo de actividades desagradables o peligrosas, de movilidad, de formación profesional, de ambiente; y la conciliación.

Recalcando la regla clásica, a la «parte» obligatoria sigue la parte «normativo-económica». En relación con los aspectos propiamente normativos, en los contratos resulta significativa su configuración como fuente constitutiva de la relación de trabajo. Y aquí resulta interesante la solución elegida para resolver de una vez por todas el nudo gordiano de la eficacia del contrato de *comparto* en lo que concierne a todos los trabajadores, inscritos o no, consentidos o disidentes; es decir, exige que el contrato individual prevea explícitamente ser regulado por el contrato colectivo vigente.

En relación todavía con la parte normativa en sentido estricto, merece señalarse, ante todo, la atención dedicada a la flexibilidad, tanto en lo que respecta a la tipología contractual, como en lo referente a la articulación del horario de trabajo⁷; después, la importante cancelación del histórico instituto de las vacaciones extraordinarias, a través de una disciplina distinta para los permisos retribuidos y las enfermedades.

Más aún, la mayor atención está dedicada —en los contratos de *comparto* y, respectivamente, del área directiva— a las dos temáticas centrales del ejercicio del poder disciplinario y del despido de los directivos⁸. En cuanto a la primera cuestión —el

⁷ Sobre el tema del horario de trabajo en la primera experiencia del contrato de *comparto*, cfr., por todos, A. BOSCATI, «Orario di lavoro, riposi, ferie e festività», en *Il lavoro alle dipendenze dalle amministrazioni pubbliche. I contratti collettivi di comparto*, cit., pág. 294.

⁸ En relación con el tema de la disciplina nella prima tornata del contrato de *comparto*, véase por todos S. MAINARDI, «Sanzioni disciplinari», en *Il lavoro alle dipendenze dalle amministrazioni pubbliche. I contratti collettivi di comparto*, cit., pág. 469.

ejercicio del poder disciplinario— se ha superado el régimen transitorio previsto en el artículo 72, párrafo 2, que daba plena vigencia al precedente artículo 59 D.Lgs. núm. 29/1993, a través de una reglamentación sustancial y detallada procedimentalmente, al amparo de una «privatización» demasiado garantista. En cuanto al segundo —el despido de los directivos— se recibe plenamente la indicación del legislador acerca de una plena privatización de la relación. Se asiste, así, a una extensión del régimen jurídico propio de los directivos del sector privado, con una tutela del puesto, no más real sino meramente obligatoria, circunstancia que conduce al final a una indemnización resarcitoria.

En relación con las cuestiones económicas-cualitativas, los contratos retomaron y desarrollaron el artículo 9 del mismo D.Lgs. 29/1993, con la constitución de fondos —como los de la productividad colectiva y para la productividad individual— y una precisa corresponsabilización de los directivos en su gestión. Desde esa perspectiva económico-cuantitativa, en cambio, la cuestión resulta ampliamente condicionada por el límite relativo a los recursos prefijados legislativamente. Dicho condicionamiento, que es fuerte y evidente respecto a la contratación del primer bienio económico, resultaba pesado en relación a la renovación del segundo bienio, constreñidos, como estaban, a hacer las cuentas con las crecientes dificultades de contención del *déficit* público previstas para el año 96, y con la ulterior necesidad de recuperar la diferencia entre la inflación efectiva y programada por el bienio precedente, según disponían los contratos colectivos respectivos ⁹.

3. LA SEGUNDA FASE: LA LEY DE 24 DE MARZO DE 1997, NÚM. 59

Si la Ley 93/1983 se había mantenido durante casi una década, la Ley núm. 421/1992 resistió mucho menos, alrededor de cuatro años, pero con una importante diferencia. Entonces hubo un auténtico «salto» de la ley marco del empleo público a la privatización: en este caso existe una clara y explícita continuación entre la vieja y la nueva Ley núm. 59/1997 ¹⁰.

⁹ Sobre el tratamiento económico del contrato colectivo de comparto, en el primer y segundo bienio económico, cfr., por todos, G. ZILIO GRANDI, «Il trattamento economico», en *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. I contratti collettivi di comparto*, cit, pág. 294.

¹⁰ Un comentario sobre la nueva Ley de delegación, cfr. M. BARBIERI, «La nuova legge delega per la riforma del lavoro pubblico», en *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. I contratti collettivi di comparto*, cit., pág. 561.

Con el fin de evitar que la evolución emprendida fuese objeto, posteriormente, de una involución, el artículo 11 de la nueva Ley núm. 598/1997 extiende y acelera la privatización, a través de una mezcla entre «reapertura de la vieja ley» —con recurso a los criterios directivos *ex* art. 2 de la Ley núm. 421/1992— y «la nueva ley» —con la utilización de los criterios directivos del art. 11, párrafo 4, letra a), en adelante.

Desde el punto de vista de la descentralización administrativa, que constituye el *leitmotiv* de la Ley núm. 59/1997, parece encontrar acogida en el artículo 11, ante todo, la reivindicación de las autonomías territoriales y de las organizaciones sindicales, de proceder a una mayor apertura hacia una contratación más libre y flexible ¹¹, ya sea, desde una perspectiva «vertical», para «garantizar a todas las Administraciones públicas niveles de contratación integrales», respetando las «previsiones presupuestarias de cada una de estas administraciones» [art. 11, párrafo 4, letra e), D.Lgs. núm. 59/1997]; ya sea, desde una óptica «horizontal», con el fin de «prever que los decretos legislativos y la contratación puedan distinguir entre la disciplina relativa a los directivos y la concerniente a las específicas tipologías profesionales..., y establecer una disciplina distinta para otros empleados públicos que desarrollan calificadas actividades profesionales o técnico-científicas y de investigación» [art. 11, párrafo 4, letra d), del D.Lgs. núm. 59/1997].

Ciertamente, no se ha tenido en cuenta la reivindicación «histórica» del sindicalismo de extender la contratación de los actos de gestión de las relaciones de trabajo a los actos de organización de los oficios; pero compensando parcialmente esta circunstancia, se ha previsto la necesidad de «prever procedimientos de consulta de las organizaciones sindicales firmantes de los contratos colectivos antes de la adopción de los actos internos de organización que se reflejan sobre la relación de trabajo» [art. 11, párrafo 4, letra h), D.Lgs. 59/1997]. Sí ha tenido reflejo, en cambio, el otro reclamo «histórico» ¹² de proceder a la extensión del «régimen de Derecho privado de la relación de trabajo también a los directores generales y equiparados de las Administraciones públicas» [art. 11, párrafo 4, letra a), D.Lgs. núm. 59/1997].

Cuando, posteriormente, el legislador atiende a los agentes negociales, deja emerger una injustificable asimetría: una inter-

¹¹ Cfr. L. MARIUCCHI, *Pubblico impiego e federalismo*, LI, 1997, págs. 9, 5; L. DE VITTORIO, *I contratti del pubblico impiego*, cit., pág. 42.

¹² Cfr. emblemáticamente, L. DE VITTORIO, *I contratti...*, cit., pág. 42; y C. D'ORTA, «La riforma della dirigenza pubblica tre anni dopo: alcuni nodi irrisolti», *LD*, 1996, 2, 288.

vención decisiva para la Agencia para la Representación Negocial de las Administraciones Públicas (en adelante, ARAN); un silencio total para las organizaciones sindicales. El artículo 11, párrafo 4, letra c), establece una especie de criterio de aplicación general, con el fin de —«reordenar y potenciar la ARAN para la representación negocial en la Administración pública»—, que deja entrever toda una historia de debilidad política y fragilidad organizativa y logística del Gobierno.

El artículo 11 no trata ninguna otra cuestión, como la de las organizaciones sindicales, que habría requerido una importante intervención restauradora¹³. Guarda silencio sobre la legitimación necesaria para sentarse a la mesa de negociaciones, donde la abrogación del artículo 47 del Decreto-ley 29/1993, actuada por el referéndum, ha dejado un evidente vacío normativo; y silencia también la cuestión de la ciudadanía en los lugares de trabajo, donde la expresa derogación de una disposición, por dudosa supervivencia, como el artículo 25 de la ley marco, operada por la contratación colectiva, ha sido sustituida por una disciplina exclusivamente negocial¹⁴.

Como era fácil de suponer, la parte *fundamental* de la nueva ley examina el procedimiento de estipulación de los contratos de *comparto* tan intensamente cuestionado: el artículo 11, párrafo 4, autoriza al legislador a rediseñarlo, con una indicación programática, contenida en la letra c), en el sentido de «simplificar y hacer más expedito el procedimiento de contratación colectiva», previendo, posteriormente, una detallada determinación en el inciso f).

Finalmente, pero no menos importante, es la previsión solemne, contenida en el párrafo 4, letra g), del 30 de junio de 1998, como fecha cierta para el traslado de jurisdicción de «todas las controversias relativas a las relaciones de trabajo de los empleados de las Administraciones públicas, incluso las que conciernen a vías incidentales de actos administrativos presupuestos».

¹³ Como lo reconoce una destacada doctrina: cfr., por todos, M. D'ANTONA, «La neolingua del pubblico impiego riformato», *LD*, 1995, págs. 237; S. SCARPONI, «La legittimazione a negoziare nel settore pubblico: questioni recenti in tema di rappresentatività sindacale», *LD*, 1996, núm. 3, pág. 466.

¹⁴ Cfr. S. SCARPONI, *I diritti sindacali*, cit., 212.

4. CONTINUACIÓN. EL DECRETO LEGISLATIVO DEL 4 DE NOVIEMBRE DE 1997, NÚM. 396, SOBRE LA CONTRATACIÓN COLECTIVA Y LA REPRESENTATIVIDAD

Inmediatamente después de la Ley núm. 59/1997, se ha iniciado la actuación ejecutiva, con el Decreto-ley de 4 de noviembre de 1997, núm. 396¹⁵, hijo legítimo y reconocido de un proceso de concertación entre el Gobierno y el sindicalismo confederal, con un *continuum* sustancial respecto al artículo 11 de la Ley núm. 59/1997 y el Protocolo de entendimiento sobre el trabajo público del 12 de marzo de 1997¹⁶.

Como hemos visto, el objetivo de la nueva ley sigue siendo el de remodelar el Derecho sindical público, acercándolo lo más posible al privado, construido en torno al artículo 39, párrafo 1 de la Constitución, además de cincuenta años de elaboración legislativa, jurisprudencial, doctrinal y de praxis sindical. Tal intento ha sido asumido plenamente por el posterior D.Lgs. núm. 396/1997 —que modifica los arts. 45, 46, 47, 50, 51, 52 del D.Lgs. núm. 29/1993—; articulando, no obstante, una cierta libertad interpretativa respecto a los principios y criterios directivos de la ley.

Siendo éste el sentido del proceso *in itinere*, parece oportuno ofrecer un cuadro sintético del Derecho sindical del sector público «privatizado» hoy vigente, según un *continuum* que contemple competencias y estructuras, sujetos, procedimientos y eficacia de la contratación colectiva, representaciones sindicales y del personal de las administraciones.

5. COMPETENCIAS Y ESTRUCTURA DE LA CONTRATACIÓN COLECTIVA

En el ámbito competencial, el legislador reproduce el viejo artículo 45, párrafo 1, del D.Lgs. núm. 29/1993, por el que la contratación colectiva «se desenvuelve sobre todas las materias relativas a la relación de trabajo, con exclusión de las reservadas a la ley y a los actos normativos y administrativos, según lo dispuesto en el artículo 2, párrafo 1, inciso c), de la Ley de 23 de octubre de 1992, núm. 421»; pero lo hace solamente en relación a la regla general de la contratación colectiva («se

¹⁵ Publicada en G.U. 14 de noviembre de 1997.

¹⁶ Obra publicada en *Il lavoro alle dipendenze dalle amministrazioni pubbliche. I contratti collettivi di comparto. Comentario*, cit., pág. 1427.

desenvuelve...»), y no respecto de la excepción («con exclusión...») (nuevo art. 45, párrafo 1), si bien da la impresión de quererse mantener abierta la posibilidad de extender también la contratación a algunas materias reservadas. Es esta vía hacia la cual parece encaminarse, con «la transformación de los procedimientos de consulta... previa a la adopción de los actos internos de organización que tienen reflejo sobre la relación de trabajo», previstas en la ley de delegación en los «procedimientos de información y de examen regulados por el artículo 10 y por los contratos colectivos» (nuevo art. 45, párrafo 2).

En materia de estructura contractual, el legislador delegado convierte aquéllas en directivas dirigidas impersonalmente a la misma contratación colectiva. Se refiere a la contratación colectiva interdepartamental (entre la ARAN y las confederaciones representativas), estableciendo «los sectores... relativos a ámbitos homogéneos o afines» y las áreas autónomas directivas «en relación con uno o más sectores» (art. 45, párrafo 3); y también regulando «instituciones comunes a todas las Administraciones públicas o relativas a más sectores» (art. 47 bis, párrafo 4). A su vez, corresponde a la contratación colectiva departamental o del área directiva (entre la ARAN y las confederaciones y organizaciones representativas) disciplinar «en coherencia con el sector privado, la duración de los contratos colectivos nacionales e integrativos, la estructura contractual y las relaciones entre los diversos niveles» (art. 45, párrafo 4).

Si, por un lado, con fundamento en la ley de delegación, el decreto legislativo parece enfatizar una decisiva descentralización contractual, para forzar a las Administraciones públicas a activar «niveles autónomos de contratación colectiva integrativa», no obstante, «respetando las previsiones presupuestarias resultantes de los instrumentos de programación anual y plurianual de cada una de las administraciones», por otro, contextualmente, prescribe que tal «contratación colectiva integrativa se desenvuelve sobre las materias y con los límites establecidos por los contratos colectivos nacionales, entre los sujetos y de acuerdo con los procedimientos negociales que estos últimos prevén» (art. 45, párrafo 4).

Así, el D.Lgs. núm. 396/1997 supera un problema, pero crea, no obstante, otro. Evita sí el exceso de conformación *ex lege*, con una amplísima apertura del ámbito de la contratación colectiva; pero no el de una centralización de la entera estructura negocial. Antes al contrario, no sólo confirma el nivel nacional como fuente única de dislocación hacia la restricción de la potestad negocial, sino que, incluso, lo refuerza, dotando a los vínculos puestos por la contratación de *comparto* de eficacia real con

explícita sanción de nulidad para las cláusulas disconformes (nuevo art. 45, párrafo 4).

6. SUJETOS DE LA CONTRATACIÓN COLECTIVA

El D.Lgs. núm. 396/1997 pone de relieve que no ignora la experiencia que proporciona el propio ordenamiento; la parte «objetiva» es menos importante y determinante que la «subjetiva»; tanto que dedica su mayor atención a la ARAN y a la representatividad de las organizaciones sindicales.

a) LA AGENCIA PARA LA REPRESENTACIÓN NEGOCIAL

Desde la perspectiva empresarial la escena continúa por la capacidad del protagonista que se ha revelado a la altura de la doble tarea prefijada: superar, en virtud de su caracterización unitaria y técnica, una gestión político-clientelista y fragmentaria de las relaciones de trabajo en el empleo público; garantizar, en virtud de su representación legal universal de todas las Administraciones públicas, una tendencial uniformidad en su tratamiento económico-normativo¹⁷.

Se trata de la ARAN, dotada de «personalidad jurídica de Derecho público» y de «autonomía organizativa y contable con los límites del presupuesto propio» (art. 50, párrafo 10). Tal representación legal, ya reconocida por vía interpretativa «a los efectos de la contratación colectiva nacional», le queda atribuida; y ejercita una actividad de asistencia en relación con el conjunto de las administraciones públicas que se lo reclamen «a los fines de la contratación integrativa» (art. 50, párrafos 1 y 2).

Con una apreciable continuidad respecto del pasado, la legitimación de la ARAN para gestionar la contratación nacional deriva de la ley y no de la voluntad de las administraciones representadas, condenadas, *aunque les pese*, a no poder convenir al margen de tal entidad, ni siquiera, en relación con los contratos estipulados. Una vez que la ARAN haya firmado definitivamente los acuerdos, interdepartamentales o departamentales, las Administraciones públicas, representadas *ex lege*, deben respetar el texto analizado y aplicarlo desde la fecha de su suscripción (art. 45, párrafo 5)¹⁸.

¹⁷ Cfr. M. ROCCELLA, *La riforma del pubblico impiego. La nuova normativa e l'assetto dei rapporti sindacali*, y F. CARINCI-M. T. CARINCI, «La riforma del pubblico impiego. La "privatizzazione" del rapporto di lavoro», en *Diritto e Pratica del Lavoro*, 1993, núm. 15, XIV.

¹⁸ En general, sobre la eficacia del contrato colectivo del empleo público «privatizado»,

Al confirmar una composición de su Comité directivo, integrado por cinco componentes, de los cuales tres son representantes del Gobierno y dos de las autonomías, regiones y, respectivamente, municipios y provincias, el D.Lgs. núm. 396/1997 atribuye el nombramiento del Presidente directamente al Gobierno y no al Comité directivo del mismo, como era en el pasado. Tal fortalecimiento de la presencia del Gobierno es perfectamente explicable desde el que es, y sigue siendo, el cambio estructural-funcional más importante, introducido en actuación de la directiva contenida en la ley, es decir, los comités de sector.

La ARAN, en el ejercicio de su representación legal, actúa sobre la base de directivas y de pareceres formulados por el Presidente del Consejo de Ministros, para los sectores de las administraciones y haciendas autónomas estatales y, respectivamente, por los comités de sector de las administraciones interesadas, por los sectores de las regiones, provincias, municipios, universidades, entes públicos no económicos, entes de investigación (art. 46, párrafos 1 y 2)¹⁹.

La competencia negocial está apoyada por otros accesorios e instrumentos para el funcionamiento del sistema entero: ante todo, los relativos a la actividad de estudio, monitoreo y documentación (art. 50, párrafo 3); después, importantísimos, los atinentes al «acopio de los datos sobre votos y delegados», relevados de la certificación de organización sindical representativa (art. 47 bis, párrafo 7). Podría parecer discutible, a primera vista, atribuir a la ARAN, que se configura como contraparte, tal actividad de información que condiciona la legitimación misma de las organizaciones sindicales de acceder a las mesas contractuales y de tener representantes sindicales propios. Pero no es así, dado el reparto efectivo de poderes y funciones: es un Comité de composición paritario (ARAN —organizaciones sindicales—, constituido dependiente de la misma ARAN para garantizar modalidades ciertas y objetivas de información para certificar los datos, para resolver eventuales controversias (art. 47 bis, párrafo 8); mientras la ARAN, como tal, debe hacerse cargo de la

cfr., por todos, C. ZOLI, «Efficacia del contratto collettivo e parità di trattamento», en *Il lavoro alle dipendenze dalle amministrazioni pubbliche*, cit., pag. 832; sobre esta cuestión recientemente se ha pronunciado la misma *Corte Costituzionale*, avalando plenamente la «privatización», no sólo el sistema previsto para atribuir indirectamente eficacia erga omnes al contrato colectivo. Cfr., *Corte Cost.*, 16 ottobre 1997, n. 309.

¹⁹ La diferencia de los comités de sector se justifica en virtud de la necesidad de transformar la ARAN de un ente instrumental del Estado, como era en el D.Lgs. núm. 29/1993, en órgano representante de toda la Administración pública. Las críticas a esta vieja configuración de la Agencia han venido de gran parte de la doctrina. Cfr., por todos, M. BARBIERI-M. G. GAROFALO, «La contrattazione collettiva», en *Il lavoro alle dipendenze dalle amministrazioni pubbliche*, cit., 733.

recogida, valiéndose de la colaboración del Departamento dependiente del Ministerio de la Función Pública (art. 47 bis, párrafo 7).

Para terminar, el D.Lgs. núm. 396/1997 aborda una cuestión práctica e importante, tanto que ha condicionado negativamente la actividad de la ARAN. Se trata de la relativa a los recursos financieros y humanos. En relación con los primeros, prevé las contribuciones que corresponden a las administraciones específicas de los diferentes sectores, en proporción a los empleados en servicio, otras cuotas para la contratación integrativa y demás actividad requerida (art. 50, párrafo 8); mientras la segunda introduce una regulación específica del personal de la misma ARAN (art. 50, párrafos 11 y 12).

b) LAS CONFEDERACIONES Y LAS ORGANIZACIONES SINDICALES REPRESENTATIVAS DE ÁMBITO NACIONAL

Si de un lado los sectores y áreas directivas están representados en la ARAN, también lo están, de otro, las organizaciones sindicales nacionales y las confederaciones representativas. Según una posición consolidada en el sector público, la representatividad que se exige a las organizaciones sindicales nacionales no se presume ni es derivada, sino efectiva y originaria²⁰, resultante de los dos criterios clásicos, tradicionales, el asociativo y el electoral²¹. Sólo varía su articulación, porque los dos criterios están integrados en uno solo; esto es, se exige una presencia no inferior al 5 por 100 como media entre el dato asociativo *ex lege* y el dato electoral de elección de los organismos unitarios del personal, de agruparse a la *bargaining unit* —sector o área directiva— de referencia (art. 47 bis, párrafo 1).

Satisfecho tal criterio compuesto, las organizaciones sindicales nacionales son consideradas representativas y admitidas en la contratación colectiva de los sectores o del área directiva, junto a las confederaciones que se hayan afiliado (art. 47 bis, párrafo 2). Confederaciones que, a su vez, acceden a la contratación colectiva intercompartimental, a través de su adhesión de organizaciones sindicales nacionales representativas, en el sentido del criterio ya

²⁰ En este sentido, véase, en efecto, el acuerdo interdepartamental contenido en el DPR 28 de agosto 1988, núm. 395, y la relativa a la circular 28 de octubre 1988, núm. 24518/8.93.5.

²¹ Criterios éstos introducidos por primera vez, junto al territorial, por el acuerdo interdepartamental contenido en el DPR 28 de agosto 1988, núm. 395, sobre el cual se puede ver los extensos comentarios de M. RUSCIANO, T. TREU y P. ALLEVA, Subart. 8, DPR 28 de agosto 1988, núm. 395, NLCC, 1989, 4, respectivamente 1029, 1032, 1040.

visto en, al menos, dos sectores o áreas dirigentes (art. 47 bis, párrafo 4).

Finalmente, los contratos colectivos nacionales están previstos para disciplinar a los sujetos de contratación colectiva integrativa (art. 47 bis, párrafos 5); por otro lado, con una suerte de reserva legislativa equívoca en favor de los organismos de representación unitaria; allí donde se presentan, pueden estar integrados sólo «por representantes de las organizaciones sindicales firmantes de los contratos colectivos nacionales», pero no sustituidos por las instancias territoriales (nuevo art. 47, párrafo 7).

Como se ve, las organizaciones sindicales nacionales representativas desarrollan la función central del gobierno del sistema contractual; no sólo están legitimadas para sentarse en las mesas de sectores o de áreas directivas, donde son tratados y suscritos los contratos más relevantes respecto al tratamiento normativo y económico de los empleados de las Administraciones públicas sino que, también, pueden legitimar, de un lado, las mismas confederaciones y, del otro, las organizaciones sindicales de nivel descentralizado que se pueden afiliar a organizaciones sindicales representativas en, al menos, dos sectores o áreas directivas (nivel intercompartimental) y, respectivamente, de una organización sindical representativa en aquel sector o área directiva (nivel de compartimento o área dirigencial). Además, las organizaciones sindicales de nivel descentralizado son definidas en los mismos contratos de *comparto* o de área directiva.

7. EL PROCEDIMIENTO DE LA CONTRATACIÓN COLECTIVA

El procedimiento de la contratación nacional se simplifica, según la siguiente secuencia: el Presidente del Consejo de Ministros y los comités de sector proporcionan a la ARAN las directivas para la contratación; ésta y las organizaciones sindicales nacionales y confederaciones representativas recogen las hipótesis de acuerdo; tales hipótesis de acuerdo deben, en primer lugar, tener pareceres favorables del Presidente del Consejo de Ministros y de los comités de sector según las respectivas competencias, después, estar certificadas por el Tribunal de Cuentas en cuanto a su compatibilidad con los instrumentos de programación y presupuestarios; finalmente, pueden ser suscritos definitivamente (art. 51).

Tales previsiones deberían evitar toda una serie de parálisis que han caracterizado la ronda de negociación apenas conclui-

da ²², otorgando transparencia y previsibilidad a la contratación colectiva nacional. Pero no es sólo ésta la única novedad introducida para reforzar la contratación colectiva nacional; hay otras mucho más importantes, dadas por la peculiar condición puesta por la ARAN para poder proceder a la suscripción definitiva: previamente, se debe verificar que «las organizaciones sindicales que se adhieran a las hipótesis del acuerdo representen en total al menos el 51 por 100 como media entre dato asociativo y dato electoral en el compartimento o del área contractual, o al menos el 60 por 100 del dato electoral en el mismo ámbito» (art. 47, párrafo 3).

Sin pretender realizar una construcción desde una perspectiva jurídica, sin embargo, especialmente importante para saber cuál debe ser la consecuencia de una firma no precedida de tal verificación, se debe subrayar cómo el legislador ha querido dar fuerza y legitimación a los contratos, fijando la estipulación «a la mayoría de los contratos». Solamente que ha preferido hacerlo respecto a la mayoría «indirecta» de los representantes (respecto a los votos conseguidos), más que a la «directa» por los representantes (*referendum* autorizativos o abrogativos).

8. LAS REPRESENTACIONES SINDICALES Y DEL PERSONAL EN LAS ADMINISTRACIONES

En la intervención sobre el derecho de acceso de las representaciones sindicales en los lugares de trabajo, también el Decreto legislativo núm. 96/1997, introduce una clase peculiar de «doble canal», articulado sobre instancias de representación asociativa y, respectivamente, de representación electiva: de un lado, las «representaciones sindicales propias»; del otro, los «organismos de representación unitaria del personal».

Según el Decreto legislativo núm. 396/1997, «en cada Administración, ente o estructura administrativa» que ocupe más de 15 empleados o un número inferior al previsto para la contratación colectiva, las organizaciones sindicales representativas pueden constituir, proporcionalmente a su representatividad, representaciones sindicales propias, en el sentido del artículo 19 de la Ley 300/1970, con las garantías previstas por los artículos 23, 24 y 30

²² Sobre este tema me permito reenviar a F. CARINCI, «Una riforma aperta: fra contrattazione e legge (dalla tornata coontralluale 1994-1997 alla nuova legge delega)», en *Il lavoro alle dipendenze dalle amministrazioni pubbliche. I contratti collettivi di comparto. Commentario*, cit., XIX.

de la misma ley y las reconocidas posteriormente por los sucesivos acuerdos y contratos colectivos (art. 47, párrafo 2).

Estas representaciones sindicales específicas están, sin embargo, destinadas a convivir con una instancia electiva legitimada y con un mayor protagonismo en el mismo escenario, con una significativa variación en cuanto a su denominación: no se trata más de r.s.u.²³ sino de un «organismo de representación unitaria del personal», circunstancia que sugiere un cambio de naturaleza —que recuerda la problemática de la viejas comisiones internas— de órgano «sindical» a «parasindical» (art. 47, párrafo 3).

La disciplina del «organismo de representación unitaria del personal» se reenvía a los acuerdos o contratos colectivos nacionales pero con toda una serie de determinaciones rígidas, a partir de la individualización de las organizaciones sindicales de las que se espera la iniciativa de su constitución y, respectivamente, la facultad de presentar listas, para una competencia electoral que se produce a través del sistema proporcional y con el voto secreto. Los titulares de esta iniciativa son también las organizaciones sindicales representativas; calificadas, en cambio, para presentar listas resultan, además de las mismas, también todas las otras organizaciones sindicales constituidas en asociación, con su propio estatuto, que se hayan adherido a los acuerdos disciplinantes del organismo unitario (art. 47, párrafo 4).

Este modelo de «doble canal» parece peculiar en el ámbito del Derecho comparado, tanto desde el punto de vista estructural como funcional²⁴. Ante todo, el condicionamiento sindical es demasiado fuerte, y también determinante, respecto a la misma constitución, disciplina y dotación en términos de recursos institucionales y logísticos del canal electivo, esto es, del organismo unitario; y en segundo lugar, la competencia negocial no está reservada al canal asociativo, sino reconocida al mismo organismo unitario, eventualmente integrado por las organizaciones sindicales signatarias del contrato colectivo nacional.

Como ya se ha visto, esta última cuestión introduce un elemento notable de discontinuidad en un sistema contractual centralizado; ciertamente, devienen «más fuertes» los acuerdos objetivos, dado que las vinculaciones del contrato colectivo

²³ Se trata de las representaciones sindicales unitarias, reguladas en el sector público —con fundamento en el Protocolo de 23 de julio 1994— por el específico Protocolo de fecha 20 de abril al 22 de septiembre de 1994, publicado en *Il lavoro alle dipendenze dalle amministrazioni pubbliche. I contratti collettivi di comparto. Commentario*, cit., 1067.

²⁴ Para un cuadro comparado del sistema de representación sindical de los trabajadores cfr. M. BIAGI, «Rappresentanza e democrazia la azienda», en *Profill di diritto sindacale comparato*, Maggioli, Rimini, 1990.

nacional descentralizado están dotadas de eficacia real; pero, al mismo tiempo, resultan «más débiles» los acuerdos subjetivos, dado que los agentes negociales del contrato colectivo descentralizado son, ante todo, los organismos unitarios, que se legitiman desde abajo, como tales representativos del personal. Esto desde una perspectiva formal porque, de hecho, dependerá mucho de cómo y cuándo las organizaciones sindicales puedan utilizar los poderes de condicionamiento del mismo organismo unitario, previstos por el decreto respecto a la activación, elección, dotación y competencias.

