

de voluntad o actos decisorios, sino también lo son de juicio o de conocimiento (fé pública, asesoramiento legal, control y fiscalización del gasto público, etc) (113), funciones públicas éstas atribuidas directamente por la ley y con efectos jurídicos "ad extra", y que se configuran como garantías del ciudadano frente a la posible intromisión del poder político.

Por todo ello, sostenemos que en una Administración Pública moderna y racional pueden aplicarse perfectamente los esquemas generales de trabajo, los métodos organizativos y las técnicas de gestión de la empresa privada, por lo que, consecuentemente, en lo que respecta al personal de la misma, sólo son necesarias, al igual que en aquella, dos clases de personas, esto es, los ejecutivos, los que toman las decisiones y dictan las órdenes y directrices, que son, fundamentalmente, aquellas personas que ocupan los puestos de carácter político y que, generalmente, cambian en función del partido político que gobierne, sin que tengan otro vínculo jurídico con las Administraciones Públicas que el político-administrativo; y los trabajadores, ejecutores de las decisiones de los anteriores, que permanecen en sus puestos de trabajo con independencia del gobierno de turno y deben estar vinculados a las Administraciones Públicas por una

relación de trabajo contractual, por lo que el régimen jurídico que regule dicha relación jurídica no puede ser otro que el común laboral, establecido en el artículo 35.2 de nuestra Constitución, lo que no impide que algunos de estos trabajadores públicos, como hemos señalado antes, puedan participar en mayor o menor medida de cierta cuota de poder decisorio, o tengan competencias orgánicas directamente encomendadas por la ley, en cuyo caso desarrollan, a la vez y en perfecta sincronía con esta relación de trabajo, una relación jurídico-orgánica con las Administraciones Públicas, que se regirá por el estatuto previsto en el artículo 103.3 de la Ley Fundamental, no teniendo pues, justificación razonable la permanencia del régimen jurídico especial administrativo-funcionarial para regular estas relaciones de trabajo.

Nos encontramos, pues, ante dos regímenes jurídicos -administrativo y laboral- que, injustificablemente, regulan la misma actividad humana, esto es, la relación de trabajo que se desarrolla en el ámbito de las Administraciones Públicas, situación ésta que genera, indiscutiblemente, desigualdades jurídicas, asimismo carentes de justificación alguna, toda vez que, al dividirse a los trabajadores del sector público en dos colectivos jurídicamente diferenciados, el que está

regido por el Derecho Administrativo y el que lo esté por el Derecho Laboral, regímenes jurídicos diferentes y cuya aplicación produce, asimismo, efectos jurídicos distintos, se están consagrando legalmente discriminaciones jurídicas para uno de estos dos colectivos de trabajadores -generalmente, el que está regulado por el Derecho Administrativo- respecto del otro.

Pero es que, además, se está excluyendo, también de forma injustificada, a los funcionarios públicos, en cuanto trabajadores que son, del régimen jurídico que constitucionalmente viene determinado, de manera específica y con carácter general y mínimo, para la regulación de toda actividad humana dedicada al trabajo, con independencia de cuál sea ese trabajo que se realiza y quién el empleador para el que se trabaje, aunque éste sea una Administración Pública, por lo que es obvio que con el mantenimiento del régimen jurídico administrativo-funcionarial se está conculcando el derecho subjetivo que estos trabajadores de las Administraciones Públicas denominados funcionarios tienen a ser tratados jurídicamente de forma idéntica a quienes se encuentran en igual situación, toda vez que se les está aplicando una normativa distinta -y, en bastantes

aspectos, restrictiva- a la que se aplica a los demás trabajadores que conforman el sistema español de relaciones laborales, tanto del sector privado, como, incluso, de las propias Administraciones Públicas.

Así pues, consideramos que se están infringiendo, paralelamente, dos preceptos constitucionales: el artículo 14, que establece la igualdad jurídica de todos los españoles y prohíbe toda discriminación, esto es, toda desigualdad jurídica que carezca de justificación razonable y objetiva, de cualquier clase que sea, precepto éste del que deriva el derecho subjetivo de todo ciudadano a la igualdad de trato jurídico, como claramente ha establecido el Tribunal Constitucional; y el artículo 35.2, toda vez que se excluye de su ámbito de aplicación a este colectivo de trabajadores de las Administraciones Públicas que se denominan funcionarios, sin un fundamento razonable y objetivo que justifique su exclusión de la normativa laboral común y ordinaria prevista en dicho precepto.

En definitiva, mantenemos que la única solución coherente, no sólo con la letra sino también con el espíritu igualitario de nuestra Norma Fundamental, para resolver este problema discriminatorio que existe en el empleo público de nuestro país, pasa, para nosotros, por

la unificación del contenido jurídico-positivo de los dos regímenes jurídicos -administrativo y laboral- que actualmente regulan las relaciones de trabajo que se desarrollan en las Administraciones Públicas, de forma tal que, al no haber diferencias sustanciales de contenido jurídico, desaparezcan también las diferencias básicas en los efectos jurídicos que cada uno de estos regímenes jurídicos genera, y toda solución que no vaya encaminada en esta dirección tendrá que ser tachada, indefectiblemente, de inconstitucional, por quiebra de la igualdad jurídica, en su doble aspecto de valor superior de nuestro ordenamiento jurídico y derecho subjetivo de todo ciudadano.

De ahí que, para llevar a efecto esta unificación normativa que propugnamos, nada mejor que extender a ese colectivo de trabajadores de las Administraciones Públicas, actualmente regido por el Derecho Administrativo (funcionarios públicos), la normativa que, por imperativo constitucional, ha de regular, con carácter general y mínimo, las relaciones laborales de todos los trabajadores del sistema español de relaciones laborales, de cualquier clase que éstos sean, entre los que ya están incluidos los que conforman el cada vez más numeroso colectivo de las propias Administraciones Públicas que se rige por el Derecho Laboral (personal

laboral), pues seguir manteniendo dos regímenes jurídicos diferentes, aún con idéntico contenido jurídico, para regular las mismas relaciones de trabajo en el ámbito de las Administraciones Públicas, con independencia de no existir razón justificativa para ello y de ser antieconómico desde el punto de vista jurídico-positivo, podría, asimismo, producir diferencias sustanciales en cuanto a la forma de aplicación (114), al ser uno de naturaleza jurídica administrativa y el otro laboral, cada uno con sus peculiaridades específicas jurídico-positivas, lo que se traduciría en desigualdad en los efectos jurídicos derivados de uno y otro régimen normativo, desigualdad que, al carecer también de toda justificación razonable, conculcaría el derecho subjetivo de los trabajadores del colectivo discriminado a ser tratados jurídicamente igual, y ello se encuentra vedado por el artículo 14 de la Constitución.

Así pues, la única manera de que, verdaderamente, no existan diferencias en la normativa básica que regule la relación de trabajo de los dos colectivos de trabajadores que actualmente coexisten en las Administraciones Públicas -funcionarios y personal laboral- es que esta normativa básica sea la misma para ambos, esto es, la común para toda clase de relación de trabajo, la normativa laboral, y no que sean dos clases

de normas similares. Con ello, evidentemente, desaparecería del ordenamiento jurídico la categoría de "funcionario", entendiéndose éste como clase especial de trabajador de las Administraciones Públicas atípicamente regido por la normativa administrativa, al pasar a ser todos "trabajadores", sin más adjetivos, y, consecuentemente, regidos todos por la normativa laboral común (115), pero, por el contrario, se conseguiría respetar en el seno de la Función Pública ese derecho subjetivo a la igualdad de tratamiento jurídico que el artículo 14 de nuestra Norma Magna garantiza a todos los ciudadanos españoles, incluidos, obviamente, los trabajadores de las Administraciones Públicas que actualmente se denominan funcionarios.

3.3.- La igualdad y el empleo público en la Constitución de 1978.

Queda claro, pues, que la igualdad de todos los españoles ante la ley está consagrada en el artículo 14 de nuestra Constitución y que este derecho fundamental tiene una proyección tal en la sociedad que traspasa lo abstracto de la norma y se concreta en todas aquellas actuaciones cotidianas que afectan al ciudadano, siendo, como hemos señalado anteriormente, los poderes públicos

los responsables, por imperativo constitucional, de que esa igualdad sea real y efectiva en los órdenes político, económico, cultural y social de la vida de todo ciudadano, de acuerdo con el artículo 9.2 de la Norma Fundamental.

También en la actividad laboral de cada ciudadano, como parte integrante de la actividad socio-económica del país, ha de reflejarse esa igualdad y, en este sentido, el artículo 35 de la Constitución, que regula al más alto nivel jurídico-positivo el derecho al trabajo y el deber de trabajar, empieza con la expresión igualitaria, frecuente en los comienzos de los preceptos constitucionales, "todos los españoles" (116), lo que no deja lugar a dudas de que dicha expresión se refiere a todos aquellos españoles que trabajan por cuenta ajena, sin exclusión alguna, con independencia de que el empleador sea un empresario privado o una Administración Pública, siendo evidente, asimismo, que el constituyente ha querido que la igualdad presida de forma clara y determinante todos los aspectos de las relaciones laborales, así como la normativa que las regula.

En este sentido, es obvio, y hoy no se plantea duda al respecto, que el funcionario público es, primero y ante todo, un trabajador por cuenta ajena, lo que, de

acuerdo con el artículo 35 de la Constitución, que no distingue ni hace excepción alguna al referirse a "todos los españoles" que trabajan por cuenta ajena -y, en lo que la Norma Fundamental no distingue ni excepciona, no es lícito que se distinga o excepcione por una norma de rango inferior-, en relación con el artículo 14, que consagra la igualdad de todos los españoles ante la ley, prohibiendo toda desigualdad carente de justificación objetiva y razonable -y no existe justificación razonable ni objetiva, como hemos observado anteriormente, para mantener las desigualdades existentes en materia laboral en el empleo público-, significa que al funcionario público-trabajador hay que aplicarle exactamente la misma normativa laboral, básica y mínima, que se aplica al resto de los trabajadores que conforman el sistema español de relaciones laborales.

Y sólo después de sentado lo anterior, y en segundo lugar, hay que considerar que ese trabajador por cuenta ajena denominado funcionario presta sus servicios para una Administración Pública, lo que, evidentemente, introduce un nuevo factor diferenciador respecto a los demás trabajadores que prestan sus servicios para un empleador privado, factor que, indiscutiblemente, hay que tener en cuenta, pero no más que en el supuesto de los restantes trabajadores que prestan, asimismo, sus

servicios para las Administraciones Públicas bajo la fórmula jurídica de contrato de trabajo y a los que, consecuentemente, se les aplica ya la misma normativa laboral básica y mínima, común a los demás trabajadores del sector privado, sin que se haya planteado por ello objeción jurídica alguna, lo que viene a demostrar que el solo hecho de que el empleador sea una Administración Pública no es determinante hasta el punto de que, por sí solo, resulte decisivo para desvirtuar la condición primordial de trabajador por cuenta ajena que tiene todo funcionario público.

¿Por qué, entonces, la relación de trabajo del personal de las Administraciones Públicas que se denomina "funcionario" se rige todavía por la normativa administrativa y la del colectivo denominado "personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas", que realiza exactamente idéntico trabajo que el colectivo anterior, se rige por la normativa laboral, común al resto de los trabajadores del sector privado, con las consecuentes discriminaciones jurídicas para uno de ambos colectivos de trabajadores del sector público -el de los funcionarios-, que se derivan de la coexistencia innecesaria de dos regímenes jurídicos diferentes que regulan la misma actividad humana? ¿Por qué, pues, no se aplica ya, también, al "funcionario", puesto que es tan

trabajador de las Administraciones Públicas como el "personal laboral", esa misma normativa laboral, mínima y básica, que regula las relaciones de trabajo, con lo que desaparecerían del sector público esas discriminaciones jurídico-laborales, tan agraviantes y carentes de sentido y que tan sólo provocan en el ámbito del empleo público un máximo de disfuncionalidad? (117).

En este aspecto, la cuestión clave, para nosotros, es si la Constitución obliga a mantener esa dualidad normativa y, consecuentemente, a aplicar a los funcionarios públicos la normativa administrativa para regular su relación de servicio con las Administraciones Públicas, como sostiene actualmente un sector mayoritario de la doctrina administrativista, en base a la reserva de ley establecida en el artículo 103.3 de la Norma Fundamental, o bien, si, por el contrario, a lo que obliga nuestra Norma Máxima es, precisamente, a que se aplique a todos los trabajadores, y los funcionarios públicos lo son, la normativa laboral, básica y mínima, establecida, asimismo, en el artículo 35.2 del texto constitucional, mediante otra reserva de ley, de idéntico rango normativo que la que establece el artículo 103.3 de la Constitución (118), y ello con independencia de que los trabajadores pertenezcan al sector privado o al sector público y de que el empleador sea un empresario

privado o una Administración Pública.

Nosotros optamos decididamente por la segunda de las posibilidades expuestas, y ello, tanto por imperativo del principio constitucional de igualdad que, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 12.1 de la Constitución) ha de presidir, guiar e informar toda la normativa que lo conforma, y bajo cuyo prisma hay que enfocar toda la actividad de los ciudadanos que se desarrolle en el marco socio-económico-político-cultural del Estado social y democrático de derecho que es España, para que de una y otra pueda predicarse su constitucionalidad sin reserva alguna, como, también, por exigencias del derecho subjetivo y fundamental (artículo 14) que todo ciudadano tiene a esa igualdad jurídica, esto es, a no ser tratado jurídicamente de manera diferente a quienes se encuentran en idéntica situación de hecho, sin que exista para ello una justificación objetiva y razonable.

En este sentido, es evidente e incuestionable, como hemos constatado anteriormente, que tanto el funcionario público como el trabajador con vínculo jurídico laboral al servicio de las Administraciones Públicas se encuentran en idéntica situación de hecho, en el aspecto laboral, frente a las Administraciones

Públicas, así como que no existe justificación de ninguna clase, objetiva ni razonable, que fundamente el mantenimiento de dos regímenes jurídicos diferentes para regular estas idénticas situaciones de hecho, por lo que, consecuentemente, consideramos que la normativa que tiene que regular la relación de trabajo de ambos colectivos laborales con las Administraciones Públicas ha de ser necesariamente idéntica, y ésta no puede ser otra que la normativa laboral establecida en el artículo 35.2 de la Constitución, pues, de lo contrario, se incurre en inconstitucionalidad manifiesta por quebrantamiento del principio constitucional de igualdad jurídica y del derecho fundamental que todo ciudadano tiene a ser tratado jurídicamente igual que los que se encuentran en idéntica situación de hecho.

¿Qué contenido ha de tener, entonces, el estatuto de los funcionarios públicos, previsto en el artículo 103.3 de la Constitución? Para nosotros, como hemos mantenido anteriormente, este estatuto ha de regular, exclusivamente, aquellas cuestiones que se refieren a la relación jurídico-orgánica que, a la vez y paralelamente, desarrollan con las Administraciones Públicas un mínimo número de esos trabajadores del sector público del colectivo denominado "funcionario", en cuanto que, como ejecutores de la voluntad administrativa frente al

administrado, o, bien, como realizadores de una función con trascendencia "ad extra" encomendada directamente por la ley, son parte integrante de esas Administraciones Públicas (119). Las cuestiones que afectan al contenido de la relación jurídico-orgánica de estos funcionarios públicos, de naturaleza jurídica administrativa, son, pues, las que han de ser reguladas por el estatuto de los funcionarios públicos previsto en el artículo 103.3 de la Constitución, mientras que el contenido de la relación de servicio, como verdadera relación laboral que es, ha de ser regulado por la misma normativa que, con carácter general para todos los trabajadores, tiene prevista nuestra Norma Fundamental en su artículo 35.2: el estatuto de los trabajadores (120).

La interpretación que hacemos de estos dos preceptos constitucionales (103 y 35) en el ámbito de la Función Pública es, para nosotros, la más en consonancia y congruente con el principio de igualdad consagrado por la propia Constitución, como valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 19.1) y como derecho subjetivo de todo ciudadano (artículo 14), y, en definitiva, con el moderno espíritu igualador que inspira el texto constitucional y que, por imperativo del mismo ha de transmitir al resto del ordenamiento jurídico, transformando, si fuese necesario, los planteamientos

jurídicos tradicionales hasta adecuarlos plenamente al contenido de la Carta Fundamental.

3.4.- La doctrina del Tribunal Constitucional referente a la igualdad en el empleo público.

En general, la mayoría de las sentencias del Tribunal Constitucional que hacen referencia a los valores superiores del ordenamiento jurídico (artículo 19.1 de la Constitución) versan sobre el valor igualdad (121), y, en concreto, el artículo 14 de la Norma Fundamental se ha convertido en el precepto constitucional más utilizado no sólo a efectos del control constitucional de las leyes, sino como fundamento de recursos de amparo (122), lo que indica hasta qué punto nuestra sociedad ha tomado conciencia de la importancia que la igualdad tiene en el ordenamiento jurídico del Estado social y democrático de derecho surgido de la Constitución de 1978, convirtiéndose en elemento catalizador del mismo y en parámetro permanente para medir la sociabilidad y democraticidad de ese Estado.

Y si en esa gran cantidad de sentencias que, o bien tienen como núcleo principal de su razonamiento

jurídico a la igualdad o bien ésta constituye parte básica de ese razonamiento jurídico, el Tribunal Constitucional ha fijado los criterios interpretativos y los límites que, en general, han de servir para concretar el papel exacto que la igualdad juega en nuestro ordenamiento jurídico, y lo ha hecho frecuentemente en clave progresista y siguiendo la doctrina puesta de manifiesto por los más representativos Tribunales Constitucionales del mundo y, sobre todo, teniendo como fuente primordial la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (123), en lo que se refiere al empleo público podemos afirmar que nuestro Alto Tribunal mantiene una posición totalmente conservadora, que contrasta y desentona con ese planteamiento general.

En efecto, ya en 1982, en una de las primeras sentencias del Tribunal Constitucional referidas a la Función Pública, en concreto, a la negociación colectiva de los funcionarios públicos, que resolvía un conflicto positivo de competencias, planteado por el Gobierno Central frente a un Decreto del Gobierno Vasco, que regulaba la negociación colectiva de las condiciones de trabajo en la Administración Local (124), el Tribunal Constitucional establecía su doctrina referente al mantenimiento en nuestro derecho positivo de la dualidad de regímenes jurídicos -administrativo y laboral- para

regular la relación de trabajo del personal funcionario y del personal laboral, respectivamente, al servicio de las Administraciones Públicas, doctrina que permanece inalterable en la actualidad, pese a la flagrante contradicción que supone frente a la importante doctrina que el Alto Tribunal ha elaborado respecto a la igualdad en las relaciones laborales del sector privado (125).

Así, afirmaba el Tribunal Constitucional que "la distinción entre el personal funcionario y el personal laboral es básica en la legislación vigente...", añadiendo más adelante que del contenido de dicha legislación "claramente se deduce la distinción entre el personal funcionario o asimilado -los contratados- sometidos al régimen del derecho administrativo, y el personal laboral... sujeto al régimen correspondiente al ordenamiento jurídico laboral. Y también resulta evidente que aquel personal (funcionario) se gobierna, en relación a las condiciones de empleo y trabajo, por normas legales y reglamentarias dictadas por los organismos competentes de los diversos poderes públicos, como producto de una relación estatutaria, que es reconocida tradicionalmente por la doctrina y jurisprudencia contenciosa...". Y por si quedase alguna duda al respecto, el Alto Tribunal reafirmaba que "promulgada la Constitución, hasta el presente se mantiene la distinción acabada de exponer

como básica de la legislación vigente...", para concluir este razonamiento estableciendo que "por todo ello, es preciso asegurar que de la legislación vigente no es posible, racionalmente, inducir un principio básico que no sea el del tratamiento no unitario por diferenciado entre funcionarios públicos y personal laboral..." (126).

Y, evidentemente, de este tratamiento jurídico "no unitario por diferenciado" se derivan también desigualdades jurídicas no justificadas por irrazonables. En otros términos, se producen discriminaciones para el personal funcionario, como lo demuestra claramente el mismo motivo del conflicto positivo de competencias, origen de la sentencia que estamos analizando: el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos, que el Tribunal Constitucional niega a este colectivo de trabajadores, en base, precisamente, a ese tratamiento jurídico no unitario por diferenciado entre funcionario público y personal laboral, cuando este derecho está definitivamente reconocido no sólo al personal laboral del sector privado, sino también al personal laboral que presta sus servicios a las Administraciones Públicas (127).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera

que no existe quiebra de la igualdad, consagrada en nuestra Norma Fundamental como principio básico del ordenamiento jurídico y como derecho fundamental de la persona, y ello lo fundamenta en "el expresivo contenido de los artículos 28.1 y 37.1 de la Constitución y la propia dicción de sus artículos 35.2 y 103.3 que remiten, respectivamente, a la ley para la regulación, por un lado, del estatuto de los trabajadores y, por otro, al estatuto de los funcionarios públicos, pues, sin duda, la Carta Fundamental parte del hecho de tratarse de situaciones diversas por su contenido, alcance y ámbito diferente de función y actuación, y por eso independiza y diversifica su regulación legislativa, sometiéndolos a regulaciones diferenciadas, que no parecen irrazonables..." (128).

Esta doctrina ha sido confirmada posteriormente por dos importantes y recientes sentencias del Alto Tribunal:

a) La que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario Popular contra la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (129), en la que, al analizar la posible inconstitucionalidad de la jubilación forzosa de los Jueces y Magistrados, y ante la cita por

los recurrentes de otra sentencia del Tribunal Constitucional referida a la jubilación de los trabajadores con vínculo jurídico laboral, el Alto Tribunal afirma taxativamente que "no es pertinente la cita de la sentencia de 2 de julio de 1.981, del Tribunal Constitucional, porque las relaciones laborales a las que se refiere y las que se rigen por un sistema estatutario son relaciones jurídicas desiguales a las que no se impone la aplicación del mismo tratamiento" (130).

b) La que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto también por el Grupo Parlamentario Popular contra la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública (131), que reconoce "en efecto, que se da una diferencia de trato legislativo...", que, para el Tribunal Constitucional, según establece a continuación, "...no resulta arbitraria...", sino que "... se trata de regímenes jurídicos distintos, aplicables a situaciones diferentes, es decir, uno estatutario y otro laboral, puesto que no son los mismos derechos y deberes de uno y otro personal, y es razonable esa distinción..." y, apoyándose en la sentencia, antes analizada, de 27 de julio de 1982, afirma que "la igualdad de trato de funcionarios y trabajadores no se infiere de la Constitución, y de ello es prueba la también distinta

regulación y previsión constitucional, cuyo artículo 35.2 remite al estatuto de los trabajadores y el 103.3 al estatuto de los funcionarios, lo que justifica las regulaciones diferenciadas, que no parecen irrazonables..." Finalmente, apoyándose, asimismo, en la sentencia de 29 de julio de 1986, comentada en el párrafo anterior, reitera el Alto Tribunal que "el campo de aplicación del derecho al trabajo en la Función Pública está regulado en el artículo 103.3 de la Constitución y no en el 35." (132).

En definitiva, el Tribunal Constitucional mantiene a ultranza la dualidad normativa para regular, mediante dos regímenes jurídicos diferentes, la misma relación de trabajo que se desarrolla en el ámbito del empleo público y fundamenta la permanencia en nuestro ordenamiento jurídico del régimen jurídico administrativo, que regula la relación de trabajo del funcionario público, en el reconocimiento tradicional de la relación estatutaria "por la doctrina y jurisprudencia contenciosa" (133).

Se inclina, pues, sin más, por la relación estatutaria tradicional de empleo público frente a más profundas alternativas de extensión de la contractualización a este sector (134), sin considerar

siquiera que la tesis tradicional unilateralista de la relación de empleo público puede verse profundamente modificada por la introducción de los derechos sindicales en la Función Pública (135), sin entrar, como consideramos que es su obligación, para el mejor cumplimiento de la alta función que tiene encomendada, en un análisis conjunto, serio, profundo y sistemático del texto constitucional que, sin duda, hubiera llevado al Alto Tribunal a una interpretación integradora del mismo en esta materia y, consecuentemente, a unas conclusiones distintas y más acordes y congruentes no sólo con dicho texto, sino, lo que para nosotros es más importante, también con el espíritu que lo anima.

Evidentemente, para llegar a esa conclusión no es necesario tener en cuenta la Constitución de 1978, puesto que lo que el Tribunal Constitucional hace, siguiendo la tradición jurídica española, es reafirmar la doctrina que existía sobre esta materia con anterioridad a la Constitución. Y, así, pasa por alto ese valor superior de nuestro ordenamiento jurídico que es la igualdad y ese derecho fundamental que todo ciudadano tiene a la igualdad de tratamiento jurídico ante situaciones de hecho iguales, y ese mandato constitucional a los poderes públicos, que tan directamente le afecta, para que promuevan las condiciones y remuevan los obstáculos a fin

de que esa igualdad sea real y efectiva en todos los aspectos de la vida de cualquier ciudadano. Pasa por alto, en definitiva, la Constitución misma y opta por la tradición.

El Alto Tribunal se limita a constatar, innecesariamente, algo que hasta ahora era evidente: la diferencia de regímenes jurídicos -administrativo y laboral- para la regulación de la relación de trabajo del personal funcionario y del personal laboral, respectivamente, en el ámbito del empleo público, sin analizar si esas diferencias de trato legislativo son constitucionales o no, si son objetivamente razonables o no, desde la óptica constitucional de la igualdad jurídica. Pero, como se ha señalado por la doctrina, esta mera alusión al carácter desigual de las relaciones jurídicas estatutaria y laboral no puede convertirse en una patente de corso que permita al Tribunal Constitucional eludir la razonabilidad de la regulación diferenciada y la sola constatación de la diferencia no debe dar por zanjado el juicio de constitucionalidad, sino que es preciso entrar a calibrar si las diferencias son relevantes o no en la explicación de un tratamiento diferenciado (136).

Finalmente, tampoco compartimos el criterio del

Tribunal Constitucional respecto a que el campo de aplicación del derecho al trabajo en el ámbito de la Función Pública esté regulado en el artículo 103.3 de la Constitución y no en su artículo 35.

Ya hemos señalado en otro lugar que el artículo 35 de la Constitución, que regula el derecho al trabajo, no hace ninguna clase de excepción, por lo que consideramos que los funcionarios públicos se incluyen en su ámbito de aplicación directa, en tanto en cuanto son trabajadores por cuenta ajena, hecho éste hoy absolutamente indubitado, como reconoce el propio Tribunal Constitucional al referirse al "campo de aplicación del derecho al trabajo en la Función Pública", por lo que la remisión al artículo 103.3 de la Constitución para regular este derecho al trabajo de los funcionarios públicos no tiene un fundamento imperativo constitucional, pues de dicho precepto no se desprende que la Constitución imponga una reserva de ley sobre todos los aspectos de la relación funcional, sino sólo sobre los aspectos de la relación orgánica funcional (137), siendo el artículo 35 de la Norma Máxima el único que fundamenta al más alto nivel jurídico-positivo el derecho al trabajo de todo ciudadano, cualquiera que sea la clase de trabajo que se desarrolle y cualquiera que sea el empleador para el que se trabaje, por lo que

consecuentemente, el estatuto de los trabajadores establecido en el párrafo segundo de dicho precepto, mediante otra reserva de ley, es la norma que ha de regular, con carácter básico y mínimo, toda relación de trabajo, incluida, obviamente, la del funcionario público.

Como reconoce el mismo Tribunal Constitucional, "la distinción entre ambos regímenes es una opción constitucionalmente lícita del legislador" (138), lo que significa que es una entre otras posibles opciones alternativas, igualmente lícitas constitucionalmente, pero no la única, como pudiera parecer, y, desde luego, ciertamente, no es la mejor ni la más coherente con el propio espíritu constitucional.

Este planteamiento del Tribunal Constitucional que estamos analizando críticamente hace que el derecho al trabajo, que es un derecho constitucional de aplicación directa y automática para los trabajadores con vínculo jurídico-laboral, quede mediatizado en el caso de los funcionarios públicos, al remitir su regulación a otro precepto diferente y mediante una reserva de ley, con lo que aquello que es una exigencia constitucional para cualquier trabajador -el derecho al trabajo- se

convierte para el funcionario público en una mera concesión del legislador (139), y, consecuentemente, las garantías que para el trabajador son constitucionales se tornan, para el funcionario, en tan sólo legales y, por tanto, contingentes (140), lo que, por sí solo, conlleva una quiebra flagrante del derecho constitucional a la igualdad de tratamiento jurídico, pues este derecho ha de comenzar por una igualdad de tratamiento constitucional para todos aquellos ciudadanos que se encuentren en idénticas situaciones de hecho, y esa igualdad ha de ser garantizada, precisamente, por el Tribunal Constitucional.

Quiebra ésta mucho más provocativa si se tiene en cuenta que dicha remisión a otro precepto constitucional para regular el derecho al trabajo de los funcionarios públicos significa regular la relación laboral de este colectivo de trabajadores del sector público mediante un régimen jurídico con contenido y efectos jurídicos diferentes y restrictivos respecto al régimen jurídico laboral común previsto en el artículo 35.2 de la Constitución para los demás trabajadores del sistema español de relaciones laborales, incluidos, obviamente, los que prestan sus servicios para las Administraciones Públicas bajo la fórmula jurídica de contrato laboral.

Queda, pues, claro que, en contra de lo que sostiene el Tribunal Constitucional (141), la igualdad de trato jurídico entre funcionarios públicos y trabajadores con vínculo jurídico laboral, en tanto en cuanto los primeros son tan trabajadores como los segundos, se infiere directamente de la propia Constitución, siendo, precisamente, contrario a la misma el mantenimiento de esa desigualdad de trato jurídico entre ambos colectivos de trabajadores, derivada de la dualidad de regímenes normativos existente para regular la misma relación de trabajo.

Evidentemente, cuando de las Administraciones Públicas se trata, al Tribunal Constitucional le resulta más cómodo dejarse llevar por la inercia de la tradición jurídica que aplicar toda la fuerza transformadora de la sociedad que se desprende de nuestra Constitución y que se traduce en una postura combativa frente a todas las situaciones de desigualdad y frente a las causas que provocan estas situaciones (142).

Todo este planteamiento sobre la igualdad en la Función Pública que hace el Tribunal Constitucional contrasta frontalmente, como hemos observado anteriormente, con la doctrina general sobre la igualdad que ha elaborado el Alto Tribunal y, más en concreto, con

la aplicación de esa doctrina en el ámbito jurídico laboral (143), que podemos considerar realizada en clave progresista y moderna.

En este sentido, y como ejemplo de lo que afirmamos, consideramos oportuno traer a colación la importante sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de julio de 1987 (144), de la que fue Magistrado Ponente el Profesor Leguina Villa, que refiriéndose a dos colectivos de trabajadores -fijos y eventuales- diferenciados ("no puede negarse, ciertamente, que entre los trabajadores fijos y los de carácter eventual haya diferencias apreciables..."), rechaza rotundamente la posibilidad de que "se establezcan diferencias en aquellos aspectos de la relación de trabajo en los que exista una igualdad radical e inicial entre unos u otros trabajadores... cuando se demuestre que todos realizan un trabajo igual o similar..." (145). Es decir, el Tribunal Constitucional se fija de forma expresa en los aspectos positivos en vez de en aquellos que son negativos, en lo que unifica a los dos colectivos de trabajadores en vez de en lo que los diferencia, para determinar la existencia de discriminación para uno de ellos en aquellos aspectos de la relación laboral en los que exista una "igualdad radical e inicial" y no se les otorgue el mismo tratamiento jurídico.

No cabe, pues, según esta doctrina del Tribunal Constitucional, que a dos colectivos de trabajadores, globalmente diferenciados de hecho, puedan aplicárseles regímenes jurídicos también globalmente diferentes, sin tener en cuenta aquellos aspectos de la relación laboral en los que coincidan, en los que sean iguales, sino que, por el contrario, partiendo de la admisión de diferencias apreciables entre ambos colectivos, habrá que aplicar necesariamente a los dos idéntica normativa en aquellos aspectos de la relación laboral en los que coincidan, en los que exista una "igualdad radical e inicial", y siempre que se demuestre que realizan "un trabajo igual o similar", so pena de incurrir en inconstitucionalidad por discriminación.

Y ¿cuál es el criterio que el Tribunal Constitucional considera objetivo para apreciar si existe discriminación o no en el trato jurídico otorgado a dos colectivos diferenciados de trabajadores? El mismo Tribunal Constitucional señala que "la clase de trabajo es, en efecto, el criterio que con toda probabilidad ofrece mayores dosis de objetividad... puesto que se trata de comparar relaciones jurídicas que tienen por objeto, precisamente, la prestación de servicios por cuenta ajena..." (146).

En otros términos, si dos colectivos diferenciados de trabajadores de la misma empresa realizan igual clase de trabajo por cuenta ajena, sus relaciones de trabajo habrán de regirse por la misma normativa laboral, e, indiscutiblemente, habrá de ser idéntica la normativa que regule aquellos aspectos de la relación laboral en los que exista esa "igualdad radical e inicial", que, obviamente, al tratarse de dos grupos de trabajadores que realizan trabajos similares, serán más que aquellos otros aspectos en los que la igualdad no se produzca.

Finalmente, la sentencia que estamos analizando determina que "frente al derecho de los trabajadores a no ser discriminados en sus condiciones de trabajo, no puede oponerse el derecho fundamental de la empresa a mantener distintos órdenes normativos para sus trabajadores..." (147). Es decir, la existencia de distintos regímenes u órdenes normativos en sí misma no es ilícita, pero frente a ello ha de prevalecer, necesariamente, la igualdad de todos los trabajadores de la misma empresa, sobre todo en aquellos aspectos de la relación de trabajo en los que exista esa "igualdad radical e inicial". Lo contrario ha de ser declarado inconstitucional por quiebra tanto del principio como del derecho constitucional de igualdad.

Evidentemente, la importancia de esta última sentencia que hemos analizado trasciende los propios hechos concretos sometidos a la consideración del Tribunal Constitucional, esto es, la discriminación laboral entre dos colectivos diferenciados de trabajadores: fijos y eventuales, puesto que el Alto Tribunal elabora una doctrina que amplía los horizontes jurídicos tendentes a la desaparición de toda discriminación jurídica en el ámbito de las relaciones laborales, siendo, en este sentido, sus razonamientos perfectamente aplicables, sin desperdicio alguno, al empleo público. Basta con sustituir los términos "fijos" y "eventuales" por "funcionarios" y "laborales", es decir, basta con sustituir los dos colectivos diferenciados de trabajadores a los que se refiere la sentencia por otros dos colectivos de trabajadores, distintos igualmente entre sí, sin que el significado del fallo se altere cualitativamente lo más mínimo.

Y en esto, precisamente, estriba, para nosotros, la evidente contradicción e incongruencia en que incurre el Tribunal Constitucional: Que mientras la doctrina que elabora sobre la igualdad es, realmente, progresista y avanzada cuando se aplica a las relaciones laborales del sector privado, se torna en conservadora y anclada en la

tradición jurídica, doctrinal y jurisprudencial, cuando se trata de aplicarla a situaciones similares e, incluso, idénticas del sector público, y, obviamente, la congruencia de los fallos jurisdiccionales con los principios y derechos constitucionales ha de comenzar por el propio Tribunal Constitucional, pues si éste no aplica en sus propios fallos los mismos criterios y razonamientos jurídicos ante situaciones de hecho iguales, difícilmente estará legitimado para cumplir la alta función que la Constitución le encomienda de garantizar la igualdad jurídica en todos los órdenes de la vida de cualquier ciudadano.

NOTAS

- (1) Vid. una síntesis de la evolución histórica del principio de igualdad en SUAY RINCON, El Principio de igualdad en la justicia constitucional, Madrid, 1985, pgs. 24 y ss.
- (2) Artículo 1º de la Declaration des droits de l'homme et du citoyen, de 26 de agosto de 1789.
- (3) Vid. RODRIGUEZ-PIÑERO y FERNANDEZ LOPEZ, Igualdad y discriminación, Madrid, 1986, pg. 19.
- (4) RODRIGUEZ-PIÑERO, El principio de igualdad y las relaciones laborales, en Revista de Política Social nº 121 (1979), pg. 382.
- (5) Vid. RODRIGUEZ-PIÑERO y FERNANDEZ LOPEZ, op. cit., pgs. 46 y ss.
- (6) Vid. GARCIA DE ENTERRIA y T.R. FERNANDEZ, op. cit., pgs. 112 y ss.

(7) RODRIGUEZ-PIÑERO, El principio... cit., pg. 406.

(8) RODRIGUEZ-PIÑERO, El principio... cit., pg. 382.

(9) DIEZ-PICAZO, Constitución y fuentes del derecho, en Revista Española de Derecho Administrativo nº 21 (1979), pg. 190; vid. también GONZALEZ SALINAS, La protección jurisdiccional del principio de igualdad, en Revista española de Derecho Administrativo nº 36 (1983), pg. 75.

(10) BASSOLS COMA considera que, incluso, el Preámbulo de la Constitución contiene indudables principios axiológicos, con una gran carga valorativa para deducir criterios y parámetros de interpretación del propio orden constitucional y del ordenamiento jurídico ordinario, en Los principios del Estado de derecho y su aplicación a la Administración en la Constitución, en Revista de Administración Pública nº 87 (1978), pg. 140.

(11) DIEZ-PICAZO, op. cit., pg. 190; vid. también GONZALEZ SALINAS, op. cit., pg. 75.

(12) RODRIGUEZ-PIÑERO, El principio... cit., pg.

384.

(13) RODRIGUEZ-PIÑERO y FERNANDEZ LOPEZ, op. cit., pg. 38.

(14) Vid., además de los ya citados, los siguientes artículos de la Constitución 9.2, 23.2, 31.1, 32.1, 35, 39.2, 40, 53, 68, 69, 103, 130, 131, 139.1, 149.1.1a y 157.1.c, y ello sin ánimo de ser exhaustivo, entre otras razones, porque en todo el texto constitucional se encuentra presente el espíritu del principio de igualdad jurídica.

(15) RODRIGUEZ-PIÑERO, El principio... cit., pg. 383.

(16) Sentencia Tribunal Constitucional de 18 de febrero de 1983.

(17) Sentencia Tribunal Constitucional de 21 de enero de 1986, vid., también, Sentencias Tribunal Constitucional de 22 y 23 de noviembre de 1983.

(18) GARCIA DE ENTERRIA Y T.R. FERNANDEZ, op. cit., pg. 114.

(19) Sobre los problemas de aplicación directa del principio de igualdad a las relaciones privadas, vid. QUADRA SALCEDO, T., El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, Madrid, 1981; vid., asimismo, ALONSO GARCIA, E., El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española, en Revista de Administración Pública nº 100-102, Vol. I, (1983), pgs. 83 y ss.

(20) RODRIGUEZ-PJÑERO Y FERNANDEZ LOPEZ, op. cit., pg. 257.

(21) GARRIDO FALLA, El artículo 53 de la Constitución, en Revista española de Derecho Administrativo nº 21 (1979), pg. 178.

(22) Vid., en el mismo sentido, MONTOYA MELGAR, Ejercicio y garantías de los derechos fundamentales en materia laboral, en Revista de Política Social nº 121 (1979), pgs. 316 y ss.

(23) Sentencia Tribunal Constitucional de 23 de

abril de 1982.

(24) GARCIA DE ENTERRIA Y T.R. FERNANDEZ, op. cit., pg. 103.

(25) Vid., en este sentido, GARCIA DE ENTERRIA y T.R. FERNANDEZ, op. cit., pg. 102.

(26) Vid., entre otros, GARCIA DE ENTERRIA y T.R. FERNANDEZ, op. cit., pg. 115; BASSOLS COMA, op. cit., pg. 140; y GONZALEZ SALINAS, op. cit., pg. 78.

(27) Sentencia Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981.

(28) Sentencia Tribunal Constitucional de 26 de octubre de 1983.

(29) Sentencia Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985.

(30) RODRIGUEZ-PIÑERO y FERNANDEZ LOPEZ op. cit., pg. 77.

(31) LUCHAIRE, Un Janus constitutionnel: l'égalité, en Revue du Droit Public nº 5 (1986), pg.

1231.

(32) Vid., entre otros, RODRIGUEZ-PIÑERO, El principio... cit., pgs. 404 y ss.; ALONSO GARCIA, E., op. cit., pgs. 78 y ss.; RODRIGUEZ-PIÑERO y FERNANDEZ LOPEZ, op. cit., pgs. 75 y ss.; LUCHAIRE, op. cit., pg. 1231; y SUAY RINCON, op. cit., pg. 29.

(33) ALONSO GARCIA, E., op. cit., pg. 79.

(34) RODRIGUEZ-PIÑERO y FERNANDEZ LOPEZ, op. cit., pg. 75.

(35) ALONSO GARCIA, E., op. cit., pgs. 79 y 81.

(36) RODRIGUEZ-PIÑERO, El principio... cit., pg. 407; asimismo, ALONSO GARCIA, E., op. cit., pgs. 79 y 82, notas 170 y 175, respectivamente.

(37) RODRIGUEZ-PIÑERO, El principio... cit., pg. 409.

(38) RODRIGUEZ-PIÑERO y FERNANDEZ LOPEZ, op. cit., pgs. 75 y 76.

(39) STARCK, L'égalité en tant que mesure du

droit, citado por LUCHAIRE, op. cit., pg. 1231.

(40) LUCHAIRE, op. cit., pg. 1231.

(41) RODRIGUEZ-PIÑERO, El principio... cit., pg. 407; asimismo, RODRIGUEZ-PIÑERO y FERNANDEZ LOPEZ, op. cit., pg. 75.

(42) Vid., entre otras, Sentencias Tribunal Constitucional de 10 de noviembre de 1981, 25 de enero de 1983, 21 y 28 de febrero de 1983, 27 de mayo de 1983, 4 de octubre de 1983, 21 de enero de 1986 y 16 de julio de 1987.

(43) Sentencia Tribunal Constitucional de 10 de Noviembre de 1981.

(44) Sentencia Tribunal Constitucional de 25 de enero de 1983.

(45) Sentencia Tribunal Constitucional de 27 de mayo de 1983.

(46) Sentencia Tribunal Constitucional de 4 de octubre de 1983.

(47) Sentencia Tribunal Constitucional de 21 de enero de 1986; vid., también, la de 24 de julio de 1984.

(48) Sentencia Tribunal Constitucional de 16 de julio de 1987.

(49) TREU, Lavoro femminile e principio d'eguaglianza, en Rivista trimestrale de Diritto Procesale Civile, 1977, pg. 66, citado por RODRIGUEZ-PIÑERO, El principio de igualdad... cit., pg. 408.

(50) Sentencia Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1982; vid., asimismo, Sentencia Tribunal Constitucional de 22 de julio de 1982.

(51) Sentencia Tribunal Constitucional de 24 de enero de 1983.

(52) Sentencia Tribunal Constitucional de 10 de marzo de 1983.

(53) Sentencia Tribunal Constitucional de 21 de enero de 1986; en el mismo sentido, Sentencia Tribunal Constitucional de 7 de mayo de 1987.

(54) Sentencia Tribunal Constitucional de 6 de julio de 1987.

(55) Sentencia Tribunal Constitucional de 5 de julio de 1982.

(56) Sentencia Tribunal Constitucional de 2 de julio de 1981.

(57) Vid. Sentencias Tribunal Constitucional de 10 de noviembre de 1981, 26 de febrero de 1982, 5 de mayo de 1982, 14 de julio de 1982, 28 de julio de 1982, 15 de noviembre de 1982, 4 de mayo de 1983, 3 de agosto de 1983, 17 de enero de 1984, 24 de enero de 1984, 20 de febrero de 1984, 16 de octubre de 1984, 5 de noviembre de 1984, 14 de febrero de 1985, 13 de junio de 1985, 22 de febrero de 1985, 21 de enero de 1986, 1 de diciembre de 1986, 19 de diciembre de 1986, 29 de mayo de 1987, 6, 7, 10, 15 y 16 de julio de 1987, entre otras muchas, reseñadas sin ánimo de ser exhaustivo, pero con la finalidad de resaltar la continuidad y uniformidad doctrinal del Tribunal Constitucional en esta materia.

(58) Vid. Sentencias Tribunal Constitucional de 2 de julio de 1981, 10 de noviembre de 1981 y 5 de mayo de

1982, entre otras.

(59) Vid. Sentencia Tribunal Constitucional de 21 de enero de 1986.

(60) Sentencia Tribunal Constitucional de 16 de julio de 1987.

(61) Sentencia Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1982, y, en el mismo sentido, la de 1 de diciembre de 1986.

(62) Sentencia Tribunal Constitucional de 1 de junio de 1983; vid., asimismo, la de 16 de enero de 1984.

(63) Sentencias Tribunal Constitucional de 20 de mayo de 1987 y 4 de noviembre de 1987.

(64) Sobre la igualdad "en la ley", en general, vid. RODRIGUEZ-PIÑERO y FERNANDEZ LOPEZ, op. cit., pgs. 35 y ss., y SUAY RINCON, op. cit., pgs. 158 y ss.

(65) El artículo 97 de la Constitución establece que "El Gobierno... ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes".

(66) Vid., en este sentido, SUAY RINCON, op. cit., pg. 160.

(67) RODRIGUEZ-PIÑERO y FERNANDEZ LOPEZ, op. cit., pg. 40.

(68) Sentencia Tribunal Constitucional de 22 de diciembre de 1987.

(69) RODRIGUEZ-PIÑERO y FERNANDEZ LOPEZ, op. cit., pg. 41.

(70) OJEDA AVILES, Derecho Sindical, cit., pg. 481.

(71) Sentencia Tribunal Constitucional de 7 de marzo de 1984.

(72) Sentencia Tribunal Constitucional de 10 de noviembre de 1981.

(73) Sentencia Tribunal Constitucional de 26 de noviembre de 1984.

(74) Sentencia Tribunal Constitucional de 2 de julio de 1981.

(75) Sentencia Tribunal Constitucional de 16 de febrero de 1988.

(76) Sentencia Tribunal Constitucional de 19 de diciembre de 1986; vid., en el mismo sentido, la de 27 de febrero de 1987.

(77) Sentencia Tribunal Constitucional de 6 de julio de 1987; asimismo, Sentencia Tribunal Constitucional de 18 de abril de 1988.

(78) Sentencia Tribunal Constitucional de 17 de diciembre de 1987.

(79) SUAY RINCON, op. cit., pg. 201.

(80) RODRIGUEZ-PIÑERO y FERNANDEZ LOPEZ, op. cit., pg. 43.

(81) Sentencia Tribunal Constitucional de 9 de julio de 1987.

(82) Vid. Sentencia Tribunal Constitucional de 22

de octubre de 1986.

(83) Sobre la igualdad "en la aplicación de la ley", en general, vid. RODRIGUEZ-PIÑERO y FERNANDEZ LOPEZ, op. cit., pgs. 22 y ss., y SUAY RINCON, op. cit., pgs. 185 y ss.

(84) El artículo 117 de la Constitución establece en su párrafo primero que "la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley".

(85) Este sometimiento del poder ejecutivo a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico viene determinado de forma genérica en el artículo 9, párrafos 1 y 3, y de una manera más específica en el artículo 97, ambos de la Constitución.

(86) Sentencia Tribunal Constitucional de 7 de mayo de 1987.

(87) RODRIGUEZ-PIÑERO y FERNANDEZ LOPEZ, op. cit., pg. 20.

(88) Sentencia Tribunal Constitucional de 17 de diciembre de 1987.

(89) Sentencia Tribunal Constitucional de 7 de mayo de 1987.

(90) Sentencia Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1988.

(91) Sentencia Tribunal Constitucional de 20 de enero de 1988.

(92) Sentencia Tribunal Constitucional de 21 de enero de 1988.

(93) SUAY RINCON, op. cit., pg. 191; vid. también, ALONSO GARCIA, E., op. cit., pgs. 25 y ss.

(94) Sentencia Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1988.

(95) Sentencia Tribunal Constitucional de 10 de julio de 1987.

(96) Sentencia Tribunal Constitucional de 30 de octubre de 1987.

(97) RODRIGUEZ-PIÑERO y FERNANDEZ LOPEZ, op. cit., pg. 26.

(98) Sentencia Tribunal Constitucional de 13 de noviembre de 1987; vid, también, la de 21 de mayo de 1987.

(99) Sentencia Tribunal Constitucional de 20 de diciembre de 1985.

(100) Sentencia Tribunal Constitucional de 29 de mayo de 1987.

(101) Auto Tribunal Constitucional de 29 de octubre de 1986.

(102) Artículo 1.1 de la Constitución de 1978.

(103) ORTEGA, op. cit., pg. 50.

(104) RODRIGUEZ-PIÑERO, en La negociación colectiva de los funcionarios... cit., pg. 8, afirma que "a partir de ahora los funcionarios públicos, al menos en el plano colectivo, forman parte o son partes de las relaciones laborales".

(105) Vid. en este mismo sentido, CASTIÑEIRA, La tutela de la profesionalidad del trabajador... cit., pgs. 137 y ss.

En contra, PARADA VAZQUEZ, Derecho Administrativo... cit., pgs. 320 y 321, para quien la aplicación del régimen jurídico laboral al personal de las Administraciones Públicas puede ser inconstitucional, y considera, asimismo, que la admisión de personal fijo en régimen laboral puede infringir el principio de igualdad, si bien, a continuación, hace referencia a unas situaciones del personal funcionario y del laboral que demuestran claramente las desigualdades jurídicas ya existentes entre ambos colectivos de trabajadores públicos, por lo que nosotros consideramos que la aplicación de la normativa laboral básica a todos los trabajadores de las Administraciones Públicas no infringe el principio de igualdad, que ya se encontraba infringido

previamente, sino que denuncia y resalta esas desigualdades, que sólo desaparecerán mediante la aplicación de la normativa laboral a todo el que trabaja en las Administraciones Públicas, lo que, para nosotros, no sólo no es inconstitucional, sino que consideramos que es la solución que la propia Constitución propugna.

(106) Vid. en este mismo sentido, ORTEGA, op. cit., pg. 46, quien considera que el principio de eficacia no tiende en la realidad sociológica de hoy sino a equiparar la organización de los servicios públicos a la empresa privada. Asimismo, SALA FRANCO, Mesa redonda celebrada en Sevilla el 27-11-85... cit., pg. 66, considera que hoy está extendido defender que la eficacia administrativa puede ser mayor con un régimen jurídico laboral que con un régimen jurídico administrativo, que una laboralización de los funcionarios podría conducir a una mejor organización administrativa y, en definitiva, a un aumento de la productividad.

En contra, PARADA VAZQUEZ, Derecho Administrativo... cit., pg 321, para quien la eficacia queda mejor garantizada con el régimen de derecho administrativo.

(107) Vid. BENA DEL ALCAZAR, op. cit., pgs. 32 y

ss.

(108) Sobre la proletarización en las Administraciones Públicas, vid. GHERA, Rapporto di lavoro e burocrazia nel pubblico impiego, en Rivista di Diritto del Lavoro nº 1-2 (1970), pgs. 156 y ss.

(109) BAENA DEL ALCAZAR, op. cit., pg. 31.

(110) PARADA VAZQUEZ, Derecho Administrativo... cit., pg. 321, considera que la aplicación del régimen laboral en las Administraciones Públicas es contrario al principio de jerarquía, lo que no entendemos bien por qué, puesto que en cualquier empresa privada existe una organización laboral jerarquizada.

(111) Así consideramos que viene a reconocerlo la Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad sindical, que establece en su artículo 3º.2 que "quienes ostenten cargos directivos o de representación en el sindicato en que estén afiliados, no podrán desempeñar, simultáneamente, en las Administraciones Públicas cargos de libre designación de categoría de Director General o asimilados, así como cualquier otro de rango superior". En el mismo sentido, vid., el artículo 16.2 b) de la Ley 9/1987, de 12 de mayo, de Organos de representación,

determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

(112) Vid. en este sentido, ALONSO OLEA, Los límites de la aplicación... cit., pg. 51, para quien estos funcionarios políticos están excluidos de la aplicación de las normas del Derecho del Trabajo y del administrativo funcional porque son ellos los titulares de los entes a los que los funcionarios y los trabajadores empleados por las Administraciones Públicas prestan sus servicios.

(113) Vid. el artículo 92.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

(114) Obsérvese, como ejemplo de lo que afirmamos, que, de mantenerse la dualidad normativa, administrativa y laboral, las posibles reclamaciones contenciosas estarían atribuidas al orden jurisdiccional contencioso-administrativo y al laboral, respectivamente, con lo que, garantizado en ambos regímenes jurídicos idéntico contenido jurídico, esto es, el derecho constitucional a la tutela judicial (artículo 24 de la

Constitución), la forma de llevarse a efecto, según sea uno u otro régimen jurídico, es básica, toda vez que no es lo mismo resolver el posible contencioso con una Administración Pública en tres años (contencioso-administrativo) que en tres meses (laboral).

(115) Vid. en contra, PARADA VAZQUEZ, Derecho Administrativo... cit., pg. 327.

(116) Vid. RODRIGUEZ-PIÑERO y FERNANDEZ LOPEZ, op. cit., pg. 36.

(117) Vid. OJEDA AVILES, El empleo temporal en las Administraciones Públicas... cit., pg. 500.

(118) Vid. SALA FRANCO, Mesa redonda celebrada en Sevilla el 27-11-85... cit., pgs. 77 y 78.

(119) ORTEGA, op. cit., pg. 43, señala que el número de funcionarios investidos de la autoridad típica de la relación orgánica es infinitamente menor al número de funcionarios que a lo largo de su carrera no ejercitan ningún tipo de autoridad.

(120) Vid. una interpretación en el mismo sentido en ORTEGA, op. cit., pg. 327.

(121) DEL REY GUANTER, La aplicación de los valores superiores... cit., pg. 40.

(122) RODRIGUEZ-PIÑERO y FERNANDEZ LOPEZ, op. cit., pg. 18.

(123) SUAY RINCON, op. cit., pg. 146.

(124) Sentencia Tribunal Constitucional de 27 de julio de 1982.

(125) Vid. un análisis crítico de la Sentencia Tribunal Constitucional de 27 de julio de 1982 en ORTEGA, op. cit., pgs. 317 y ss. Asimismo, un comentario igualmente crítico, vid. en BAYLOS GRAU, El derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos, en La ley, nº 4 (1982), pgs. 129 y ss.

(126) Fundamento Jurídico 4º.

(127) Ya señalábamos en el capítulo anterior, nota (28), que esta posición del Tribunal Constitucional

respecto a la negociación colectiva de los funcionarios públicos se encuentra actualmente superada por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, y por la Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, así como por la Ley 9/1987, de 12 de mayo.

(128) Fundamento Jurídico 9º.

(129) Sentencia Tribunal Constitucional de 29 de julio de 1986.

(130) Fundamento Jurídico 21º.

(131) Sentencia Tribunal Constitucional de 11 de junio de 1987.

(132) Fundamento Jurídico 6º, párrafo d) y e).

(133) Sentencia Tribunal Constitucional de 27 de julio de 1982, Fundamento Jurídico 4º.

(134) BAYLOS GRAU, El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios... cit., pg. 133.

(135) ORTEGA, op. cit., pg. 325.

(136) PEREZ DE LOS COBOS, Sobre la jubilación forzosa de los funcionarios, en Relaciones Laborales nº 7 (1987), pg. 34.

(137) ORTEGA, op. cit., pg. 327.

(138) Sentencia Tribunal Constitucional de 11 de junio de 1987; vid., también, la de 16 de julio de 1987.

(139) PEREZ DE LOS COBOS, op. cit., pg. 34.

(140) PEREZ DE LOS COBOS, op. cit., pg. 35.

(141) Sentencia Tribunal Constitucional de 11 de junio de 1987, Fundamento Jurídico 6º.

(142) RODRIGUEZ-PIÑERO, El principio... cit., pg. 406.

(143) Vid. DEL REY GUANTER, La aplicación de los valores... cit., pgs. 43 y ss.

(144) Vid. un análisis de esta sentencia en BAYLOS GRAU, Trabajo temporal y no discriminación, en Relaciones Laborales nº 21 (1987), pgs. 31 y ss.

(145) Fundamento Juridico 6º, "in fine".

CAPITULO TERCERO

**LA IGUALDAD EN LAS RELACIONES
JURIDICO-INDIVIDUALES DE EMPLEO PUBLICO.**

- 1.- Introducción.
- 2.- El artículo 23.2 de la Constitución fundamento específico de la igualdad jurídica en las relaciones jurídico-individuales de empleo público.
- 3.- Desigualdad de tratamiento jurídico en la relación jurídico-individual de trabajo del personal al servicio de las Administraciones Públicas, por razón del vínculo jurídico-positivo que le une a las mismas.
 - 3.1.- Acceso al empleo público.
 - 3.2.- Adscripción a puestos de trabajo.
 - 3.3.- Régimen disciplinario.
 - 3.4.- Jubilación.
 - 3.5.- Procedimiento contencioso.
 - 3.6.- Otras desigualdades de tratamiento jurídico.
 - 3.6.1.- Toma de posesión.

3.6.2.- Período de prueba.

3.6.3.- Jornada.

3.6.4.- Promoción profesional.

3.6.5.- Ascensos.

3.6.6.- Cursos de formación y perfeccionamiento.

3.6.7.- Excedencia.

3.6.7.1.- Excedencia voluntaria.

3.6.7.2.- Excedencia forzosa.

3.6.8.- Pensiones.

4.- Consideraciones finales.

4.1.- Resumen crítico.

4.2.- De lege ferenda.

1.- Introducción.

Al estudiar las relaciones individuales de trabajo que se desarrollan entre las personas físicas y las Administraciones Públicas nos encontramos con evidentes diferencias jurídico-positivas en su regulación normativa, producidas por la dualidad de regímenes legales, distintos entre sí, que existen en nuestro vigente ordenamiento jurídico para efectuar dicha regulación: unas se rigen por el Derecho Administrativo y otras por el Derecho del Trabajo, con los consiguientes efectos jurídicos, asimismo diferentes, que se derivan de esta dualidad jurídico-positiva. Sin embargo, el sustrato de hecho en una y otra relación jurídica es idéntico, esto es, una relación de trabajo humano, y son, igualmente, idénticos los sujetos de ambas relaciones jurídicas: una persona física, trabajador, y una Administración Pública, empleador, por lo que se produce una situación que, consecuentemente, conlleva una quiebra de la igualdad jurídica que nuestra Constitución garantiza para todos los ciudadanos, incluidos, obviamente, los que trabajan para las Administraciones Públicas.

Pero también es evidente que entre ambas regulaciones normativas -administrativa y laboral- se observa, cada vez con mayor intensidad, una mutua influencia jurídica, desde la óptica de sus respectivas relaciones individuales, que se concreta en el progresivo trasvase de determinados principios e instituciones jurídicas de un ámbito a otro (1), fenómeno de ósmosis éste por el cual una relación llega a cambiar los criterios y principios e, incluso, las disposiciones propias de la otra, en coherencia con el gradual progreso que ha acompañado el desarrollo de sus respectivas normativas (2), y que, en realidad, responde a la identidad de las situaciones de hecho que ambas ramas del Derecho regulan.

En este sentido, se ha señalado que las dos clases de relaciones, funcionarial y laboral, no presentan diferencias relevantes, si se tiene en cuenta que tanto en una como en la otra se da, por parte de una persona física, la prestación a otro sujeto de la actividad propia de la primera, intelectual o material, según los casos, lo que conlleva necesariamente una cierta identidad sustancial entre las normas que regulan esta materia y ofrece también la posibilidad de utilizar, en mayor o menor medida, normas y criterios de una y de

otra (3), por lo que, en definitiva, la distinta forma de adscripción al empleo público -administrativa-funcionarial o laboral- no se corresponde con un diferente contenido en la relación de servicios, donde no se observan peculiaridades sustanciales (4), detectándose en la doctrina científica, sobre todo en aquellos países que han aceptado una radical distinción entre regímenes de derecho público y regímenes de derecho privado, un progresivo acercamiento entre el derecho que regula la relación de empleo privado y el derecho del empleo público, y la consiguiente tendencia hacia un tratamiento unitario de ambas relaciones jurídicas (5).

En nuestro país la doctrina científica se encuentra dividida al respecto, y, así, como observábamos en el capítulo primero, mientras la mayoría de los administrativistas se inclinan, en lo que respecta a la regulación de la relación jurídico-individual de trabajo público, por el mantenimiento de la dualidad de regímenes jurídicos, salvo muy contadas excepciones, la posición de la doctrina iuslaboralista es la inversa, esto es, salvo escasas excepciones, la mayoría se muestra partidaria de esa unificación normativa para regular el trabajo que se desarrolla entre una persona física y una Administración Pública.

En nuestro ordenamiento jurídico la situación actual es paradójica, pues mientras las relaciones colectivas de trabajo tienen ya una regulación normativa conjunta y unificada para funcionarios públicos y personal con vínculo jurídico-laboral, en sus aspectos básicos y mínimos, esas mismas relaciones de trabajo, a nivel individual, que, evidentemente, constituyen el presupuesto básico "sine qua non" para la existencia de las primeras, continúan rigiéndose por normativas positivas diferentes para cada uno de dichos colectivos de trabajadores públicos, con la consiguiente quiebra de la igualdad de tratamiento jurídico, a la que tienen derecho todos los trabajadores, incluidos los de las Administraciones Públicas.

En efecto, con el establecimiento por la Ley orgánica de Libertad sindical de un "tratamiento unificado en un texto legal único que incluya el ejercicio del derecho de sindicación de los funcionarios públicos a que se refiere el artículo 103.3 de la Constitución..." (6), es decir, con la regulación legal conjunta de las relaciones colectivas de trabajo de funcionarios públicos y personal laboral, "...incluyendo a todos los trabajadores por cuenta ajena, lo sean o no de las Administraciones Públicas..." (7), se evidencia la flagrante contradicción en que incurre nuestro

ordenamiento jurídico al negar ese mismo tratamiento jurídico-positivo, básico y mínimo, conjunto y unificado, de las relaciones jurídico-individuales de trabajo en el empleo público.

Bien es verdad, como acertadamente se ha señalado por la doctrina, que esta regulación conjunta y unificada de los derechos colectivos de los funcionarios públicos y de los trabajadores con contrato de trabajo, que establece unas mínimas bases comunes para todos los trabajadores por cuenta ajena, no sólo es ajustada a la Constitución, sino que es también la más acorde al espíritu y a la letra del artículo 28.1 del texto constitucional, toda vez que, a la luz de dicho precepto, puede argumentarse con solidez jurídica que nuestra Constitución no ha establecido dos tipos de libertad sindical radicalmente diferenciadas respecto a funcionarios públicos y trabajadores con contrato de trabajo, sino una misma libertad sindical esencial que es común a ambos (8), habiéndose de añadir por nuestra parte que esta regulación conjunta y unificada es, además, la única verdaderamente acorde con la letra y el espíritu del artículo 14 de nuestra Constitución, puesto que otorga el mismo tratamiento jurídico, básico y mínimo, a idénticas situaciones de hecho, y ello con independencia de que, partiendo de esas mínimas bases comunes para

todos los trabajadores por cuenta ajena, puedan regularse las peculiaridades específicas, no sólo de los trabajadores públicos funcionarios, sino de éstos y de los trabajadores con contrato laboral al servicio de las Administraciones Públicas, conjuntamente, respecto a las de los demás trabajadores por cuenta ajena que conforman el sistema de relaciones laborales español, ya que ambos colectivos de trabajadores de las Administraciones Públicas, actualmente diferenciados por el derecho positivo, constituyen un conjunto perfectamente homogéneo frente al resto de los trabajadores, homogeneidad que le viene otorgada por el hecho de realizar idénticas funciones para el mismo empleador.

Pero no es menos cierto que ese mismo tratamiento legal conjunto y unificado de los derechos básicos y mínimos que afectan a la relación jurídico-individual de todos los trabajadores de las Administraciones Públicas, funcionarios públicos y personal con contrato de trabajo, sería, asimismo, el más acorde a la letra y al espíritu del artículo 14 de la Constitución, en relación con el artículo 35 del mismo texto constitucional, ya que, a la luz de ambos preceptos, puede, igualmente, argumentarse con solidez jurídica que nuestra Norma Fundamental no ha establecido dos clases diferentes de derecho al trabajo, una para los que trabajan mediante una relación

jurídico-administrativa funcionarial, regulada
positivamente por el Derecho Administrativo, y otra para
los que lo hacen a través de una relación
jurídico-laboral, regulada por el Derecho del Trabajo,
sino que ese deber de trabajar y ese derecho al trabajo
es único e idéntico para "todos los españoles..." (9),
como venimos sosteniendo en el presente trabajo, igualdad
que viene, asimismo exigida de manera específica para
todos los trabajadores de las Administraciones Públicas
por imperativo del artículo 23.2 de la Constitución, como
veremos más adelante.

Por otro lado, no debe olvidarse que el derecho
al trabajo es anterior al derecho de sindicación y que
para que pueda existir éste es imprescindible que
previamente exista aquel, por lo que, en buena lógica,
supone un contrasentido establecer ese tratamiento
jurídico conjunto y unificado en las relaciones
colectivas de trabajo sin hacerlo previamente, o, al
menos, paralelamente, en las relaciones laborales
individuales, pues, como se ha señalado por la doctrina,
la posibilidad de separación entre el nivel funcionarial
individual y el nivel funcionarial colectivo no es tan
acentuado como para que la "laboralización" producida en
este último nivel, como resultado de la vigencia de una
serie de derechos colectivos, no implique consecuencias

importantes para el primero (10).

De ahí que, para que esa igualdad jurídica sea plena y acorde con el espíritu de nuestra Constitución en las relaciones de trabajo que se desarrollan en el ámbito de las Administraciones Públicas, sea necesario que se dé no sólo en el aspecto colectivo de las mismas, sino también en el individual, y, sin embargo, en este último se sigue manteniendo la dualidad de regímenes jurídicos -administrativo-funcionarial y laboral- con las inevitables desigualdades jurídicas que ello necesariamente genera, como hemos analizado en los capítulos anteriores.

Evidentemente, esta situación pugna frontalmente con la letra y el espíritu de nuestra Norma Fundamental y, consecuentemente, no es sostenible de forma indefinida, toda vez que constituye una flagrante quiebra de la igualdad jurídica que la misma consagra como valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 19.1) y garantiza como derecho subjetivo de todos los españoles en general (artículo 14), de todos los trabajadores en concreto (artículo 35) y de todos los trabajadores de las Administraciones Públicas de manera específica (artículo 23.2).

Por todo ello, para solucionar este problema se hace necesario establecer una relación única de contenido típico, en la que el trabajador, público o privado, pueda encontrar una adecuada tutela de sus propias demandas y, lo que es más importante, la eliminación de cualquier diferencia debida a la diversidad de vestimenta jurídica que se coloque el ente empleador (11). Obviamente, esta relación única de contenido típico que sea válida para cualquier trabajador, público o privado, con independencia de que el empleador para el que trabaje sea una Administración Pública o una empresa privada, no puede ser otra que la típica y común que nuestra Constitución establece, con carácter básico y mínimo, para todos los trabajadores por cuenta ajena, sin excepción: la relación jurídica laboral, cuya regulación legal está prevista en su artículo 35.2, sin perjuicio de que, como hemos señalado anteriormente al referirnos a las relaciones colectivas de trabajo, partiendo de esas mínimas bases legales, comunes a todos los trabajadores por cuenta ajena, sean públicos o privados, se regulen, a través de la negociación colectiva fundamentalmente, las peculiaridades específicas que cada colectivo concreto de trabajadores (de las Administraciones Públicas -personal funcionario y personal con contrato de trabajo, conjuntamente-, de la banca, de la enseñanza, de la minería, de la construcción, etc.) tenga respecto a los

demás colectivos laborales homogéneos.

En el capítulo anterior hemos analizado la igualdad jurídica consagrada por nuestra Constitución, en su doble aspecto de valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 19.1) y derecho subjetivo del ciudadano (artículo 14), como fundamentos constitucionales máximos de la igualdad jurídica de todos los ciudadanos, así como esa genérica proyección igualitaria de la Norma Magna hacia la parcela social de las relaciones laborales, que se concreta en su artículo 35, precepto éste que es, a su vez, el fundamento genérico de la igualdad jurídica de todos los trabajadores, sin distinción jurídico-positiva, "en el ámbito de las Administraciones Públicas, en tanto en cuanto que el mismo se refiere a todos los trabajadores por cuenta ajena sin excepción alguna, siendo, en este sentido, idénticos trabajadores de las Administraciones Públicas tanto los funcionarios públicos con vínculo jurídico administrativo, como los que trabajan mediante un vínculo jurídico-laboral, por lo que no deben existir diferencias de trato jurídico entre ambos colectivos de trabajadores del sector público. Y hemos querido dejar para el presente capítulo el análisis paralelo, desde la óptica de la igualdad jurídica, del contenido de las dos relaciones jurídico-individuales, administrativa-

funcionarial y laboral, que se desarrollan en el ámbito de las Administraciones Públicas.

Por ello, vamos a comenzar analizando el artículo 23.2 de la Constitución, fundamento constitucional específico de esa igualdad jurídica en las relaciones individuales de trabajo del sector público, para, a continuación, señalar las desigualdades jurídicas que nuestro ordenamiento positivo vigente establece según sea la relación jurídico-individual de trabajo de carácter administrativo o laboral, y de esta forma, finalmente, poder establecer los criterios que a la luz de la igualdad jurídica que la Constitución consagra, el legislador ordinario debiera tener en cuenta para que este derecho fundamental sea plenamente garantizado a todos los trabajadores de las Administraciones Públicas sin distinción alguna en función del actual vínculo jurídico-positivo que los une a las mismas.

2.-El artículo 23.2 de la Constitución fundamento específico de la igualdad jurídica en las relaciones jurídico-individuales de empleo público.

Los preceptos constitucionales que anteriormente hemos señalado como fundamento genérico de la igualdad de tratamiento jurídico de todo ciudadano (artículo 14) y de todo trabajador por cuenta ajena, público o privado (artículo 35), serían, por sí solos, más que suficientes para fundamentar, asimismo, al más alto nivel jurídico-positivo esa igualdad jurídica en las relaciones laborales que se desarrollan en el ámbito de las Administraciones Públicas, con independencia del vínculo jurídico-positivo concreto que las sustenten, pues, en realidad, ambos preceptos constituyen, efectivamente, el fundamento constitucional básico de dicha igualdad de tratamiento jurídico.

Pero, no obstante, el constituyente ha querido subrayar de manera especial la importancia que concede a los ciudadanos que ejercen funciones públicas o desempeñan cargos públicos, reafirmando, de modo específico para ellos, la igualdad de tratamiento jurídico que debe presidir sus relaciones jurídico-individuales de servicio con las Administraciones Públicas, al establecer expresamente en el artículo 23.2 del texto constitucional que "asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las

funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes".

El fundamento de esta garantía constitucional específica de la igualdad jurídica en la Función Pública hay que buscarlo en el papel básico que, dentro del sistema democrático estructurado por la Constitución de 1978, la propia Norma Fundamental asigna a la Administración Pública como gestora de los intereses públicos (12) de todos los ciudadanos, gestión que, evidentemente, lleva a cabo por medio del personal que trabaja a su servicio.

En efecto, este interés específico del constituyente tiene su explicación en el propio texto constitucional: "la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales..." (artículo 103.1), es decir, ha de realizar todas las tareas indispensables para la subsistencia de la comunidad (13), entre las que, de forma especial, deberá ocuparse nada más y nada menos que de la efectividad de los derechos y libertades fundamentales de los españoles, pues esos intereses generales mencionados en el artículo 103.1 de la Constitución no pueden considerarse desconectados de todo el Título I de la misma, que consagra un auténtico programa de acción del Estado (14).

Y esta importantísima función pública la realiza la Administración Pública, como todo ente o persona jurídica, a través de las personas físicas que trabajan en ella. De ahí la exigencia constitucional de objetividad: en un ordenamiento jurídico en el que el pluralismo político es uno de sus valores superiores (artículo 12.1 de la Constitución), es fundamental que los servidores públicos sean neutrales políticamente en y durante el ejercicio de su función pública y actúen con imparcialidad, -y ello con independencia de cuáles sean sus opiniones políticas personales como ciudadanos, que, evidentemente, tienen que ser respetadas, no pudiendo limitarse, en ningún caso, sus derechos políticos (15)-, pues es evidente que sólo con la imparcialidad en el ejercicio del cargo público podrá hacerse realidad el carácter servicial y objetivo de la Administración Pública (16).

Pero la objetividad trasciende ampliamente esa estricta imparcialidad política del trabajador público en el desempeño del cargo o función públicos y significa, además, que esos intereses generales hay que servirlos sin atender a criterios de preferencia personal de cualquier clase, sin establecer discriminación alguna entre los ciudadanos y los grupos y ateniéndose a una

racionalidad que tenga en cuenta los hechos objetivos, las necesidades sociales y la línea política que se haya establecido para resolverlas (17).

Línea política que, obviamente, en un sistema democrático como el que nuestra Constitución estructura, ha de ser la que el pueblo español, a través de sus legítimos representantes en las Cortes Generales, democráticamente elegidos, apruebe, siendo ejecutada por el Gobierno, precisamente, por medio de las Administraciones Públicas, o, lo que es lo mismo, por medio de las personas físicas que prestan sus servicios en las mismas, razón por la cual el artículo 23.2 de la Constitución exige la igualdad de tratamiento jurídico en la relación individual de trabajo que une a estas personas físicas con las Administraciones Públicas, pues sólo con esta igualdad jurídica en la relación individual de trabajo de los empleados públicos podrá garantizarse esa imparcialidad y esa objetividad necesarias de los mismos en el ejercicio de su función y cargos públicos (18), y, como hemos señalado en otro lugar, con dos regímenes jurídicos distintos, de contenido jurídico asimismo diverso, y que, consecuentemente, producen efectos jurídicos también desiguales, para regular esa única relación individual de trabajo que se desarrolla en el ámbito de las Administraciones Públicas, no puede

existir igualdad de tratamiento jurídico.

Pero, además, la Administración Pública está subordinada al Gobierno (19), en virtud de lo establecido en el artículo 97 de la Constitución, lo que no quiere decir, evidentemente, que esté al servicio partidista del Gobierno, o, en otras palabras, que sea lícito que el Gobierno pueda manipular a las Administraciones Públicas en beneficio de la política clientelista del partido que lo sustenta políticamente, sin tener en cuenta el interés general, y no cabe duda de que una de las formas de hacer a las Administraciones Públicas más proclives a los planteamientos exclusivamente partidistas de un Gobierno determinado, y, consecuentemente, de que éstas puedan ser fácilmente manipuladas en beneficio partidista, es que el personal que trabaja en ellas sea más afín a los propios planteamientos políticos del partido del gobierno, lo que, evidentemente, éste puede conseguir con facilidad reclutando a los trabajadores públicos de entre los miembros del partido político que lo sustenta, en detrimento, obviamente, de los derechos de los demás ciudadanos. He aquí, pues, otra razón importantísima de la exigencia constitucional de igualdad de tratamiento jurídico en la relación individual de trabajo de los empleados públicos, tanto en el inicio de la misma como durante todo el tiempo que ésta dure, como garantía de

esa imparcialidad y de esa objetividad necesarias para el desempeño de su cargo o función públicos.

En este aspecto, se ha señalado por la doctrina que la regla de la neutralidad ha de funcionar doblemente, tanto en el sentido de que los políticos no deben discriminar a los trabajadores públicos por razón de su ideología, como en el de que estos últimos deben servir lealmente al partido en el poder (al gobierno, más exactamente, según nuestro criterio), aunque sus convicciones personales sean distintas a las del partido gobernante (20), hablándose, incluso, de que estos deben actuar con "eficacia indiferente", esto es, indiferencia respecto a que los políticos que gobiernen sean unos u otros (21).

Por otro lado, estas imparcialidad y objetividad políticas de los trabajadores públicos en el desempeño de su función o cargos públicos es, asimismo, una garantía para la efectividad y eficacia en la gestión ejecutiva de cualquier gobierno que, de esta forma, cuenta con un instrumento útil y experimentado en la gestión de los asuntos públicos para llevar a cabo esas fundamentales tareas que la Constitución le encomienda. En otros términos, se garantiza la existencia de unos equipos humanos permanentes, -al margen de los vaivenes políticos

que lleven al poder ejecutivo a un partido político o a otro de signo ideológico contrario-, que son profesionales de la administración y de la gestión públicas, y cuya profesionalidad está dedicada únicamente a cumplir aquellas funciones que el gobierno de turno les asigne, en el ejercicio constitucional de sus competencias ejecutivas, y ello con independencia de sus propias opciones políticas concretas que, como ciudadanos, tienen.

Evidentemente, el que los trabajadores públicos no se encuentren viciados en su relación individual de trabajo con las Administraciones Públicas por la desigualdad de tratamiento jurídico que supone la recluta de los mismos en base al posible clientelismo político de un gobierno o gobiernos anteriores, de distinto signo ideológico, es la mayor garantía de objetividad y eficacia en el desempeño de su función o cargo públicos, así como de la efectividad y eficacia de la gestión ejecutiva de cualquier gobierno, y esto, desde luego, sólo se consigue asegurando esa igualdad de tratamiento jurídico tanto en el acceso de los trabajadores públicos a las funciones y cargos públicos, como durante su permanencia en los mismos.

En definitiva, el artículo 23.2 de la

Constitución refuerza, de una forma específica, la igualdad de tratamiento jurídico en las relaciones jurídico-individuales por las que los trabajadores públicos se encuentran vinculados a las Administraciones Públicas, justamente, como garantía de esas objetividad, imparcialidad y eficacia con las que estos trabajadores públicos han de desempeñar su función o cargo públicos, y como garantía, asimismo, de que el gobierno de turno no va a influir, en su propio beneficio, en la selección del personal que ha de ejercer las funciones y cargos públicos, ni va a promocionar, durante el desempeño de los mismos, a sus más afines políticamente en detrimento de los demás trabajadores públicos.

En otro aspecto, desde una perspectiva estrictamente laboral, una Administración Pública, aun siendo empleador, no es un empleador más, sino que es el empleador al que la Constitución asigna una finalidad concreta, fundamental desde la óptica democrática consagrada por la misma Constitución: servir y gestionar con objetividad y eficacia los intereses generales de todos los ciudadanos, por lo que, en consecuencia, esa igualdad que la Norma Magna garantiza a todos los trabajadores en general viene a ser reforzada por la propia Constitución, en su artículo 23.2, para los de las Administraciones Públicas, en atención, precisamente, a

esas importantísimas y delicadas funciones públicas, especiales y esenciales, que tienen que ejercer durante el desempeño de su trabajo, pues difícilmente una Administración Pública podrá cumplir esa fundamental finalidad servicial de forma objetiva, si los que deben hacerla efectiva, esto es, las personas físicas que trabajan en ella, o bien están viciados en el mismo origen de su relación individual de trabajo con esa Administración Pública por una carencia absoluta de igualdad de tratamiento jurídico, -lo que, en el supuesto de acceso a las funciones y cargos públicos por vías jurídico-positivas diferentes, administrativa o laboral, conlleva, además, un tratamiento jurídico desigual durante toda su permanencia en el cargo o función públicos, al aplicárseles una normativa positiva distinta en cada caso-, o bien son discriminados en el ejercicio de su función o cargo públicos por el gobierno de turno, en atención a su adscripción política concreta. Y difícilmente, también, podrá garantizar esas objetividad y eficacia necesarias en la gestión de los intereses generales de todos los ciudadanos, si no comienza por hacerlo con el colectivo de los mismos más directamente cercanos a la propia Administración Pública: aquellos que trabajan para ella.

Es imprescindible, pues, que haya igualdad

jurídica en el seno de las Administraciones Públicas para que éstas, a su vez, puedan cumplir con imparcialidad la finalidad, esencial para el sistema democrático, que la Constitución les asigna de servir con objetividad los intereses públicos de todos los ciudadanos, lo que llevan a cabo por medio de los trabajadores públicos, cuya relación jurídica individual de trabajo con las mismas ha de estar presidida, desde su mismo comienzo, por la igualdad de tratamiento jurídico.

Pero no quiera deducirse de cuanto acabamos de exponer que, en atención a las tareas especiales que estos trabajadores de las Administraciones Públicas tienen que desempeñar en el ejercicio de su cargo o función públicos, deben tener una regulación normativa especial de su relación laboral, diferente a la del resto de los trabajadores por cuenta ajena, y que, en consecuencia, estaría justificada la dualidad de regímenes jurídicos actualmente vigente en nuestro ordenamiento jurídico para la regulación normativa de la relación de trabajo que se desarrolla entre un ciudadano y una Administración Pública. Antes bien, es preciso dejar muy claro todo lo contrario: el artículo 23.2 de la Constitución reafirma la igualdad jurídica en el empleo público, es decir, establece el derecho a un tratamiento jurídico igual de todos los trabajadores de las

Administraciones Públicas en concreto, pero hay que tener en cuenta que esta igualdad específica no es sino la misma igualdad que, con carácter general, viene exigida por la Constitución en su artículo 35 en relación con el 14, como hemos señalado anteriormente, respecto al resto de los trabajadores que conforman el sistema español de relaciones laborales, del que, evidentemente, forman parte los primeros, por lo que mantener esa dualidad normativa para la regulación del trabajo humano que se desarrolla en el ámbito de las Administraciones Públicas quiebra, indiscutiblemente, la igualdad de tratamiento jurídico a la que obligan estos preceptos constitucionales.

Es, pues, clave, en este sentido, el artículo 23.2 de la Constitución, que garantiza de forma expresa esa igualdad jurídica en el acceso a las funciones y cargos públicos, igualdad jurídica que, implícitamente, queda también garantizada durante la permanencia del trabajador público en tales cargos y funciones públicos.

Así lo ha establecido claramente el Tribunal Constitucional al afirmar con rotundidad que "la prohibición de discriminación, enunciada con carácter general en el artículo 14 de la Constitución, y, concretamente, en cuanto al acceso y a la permanencia en

los cargos y en las funciones públicas, en el artículo 23.2 de la Constitución, responde a uno de los valores superiores que, según la Constitución, han de inspirar el ordenamiento jurídico español, el valor de la igualdad (artículo 19.1). El derecho a la igualdad tiene así un carácter general que comprende a los servidores públicos y actúa en el acceso a la función pública y a lo largo de la duración de la relación funcional, de modo que los ciudadanos no deben ser discriminados para el empleo o una vez incorporados a la función pública..." (22), tesis ésta que el Alto Tribunal reitera y ratifica plenamente en una reciente sentencia, en la que, igualmente, afirma que "no puede desconocerse que el problema lo plantean desde su condición de funcionarios públicos y, por tanto, en relación directa con la igualdad específica consagrada en el artículo 23.2 de la misma Constitución, cuya aplicación a los actos posteriores al acceso a la función pública que se produzcan durante la vida de la relación funcional ya constituida ha sido reconocida por este Tribunal en su sentencia 7/1983, de 3 de Agosto..." (23), esto es, la primera sentencia reseñada.

Teniendo en cuenta la conocida posición del Tribunal Constitucional, analizada en el capítulo anterior, de mantener, a efectos laborales, la distinción jurídico-positiva, para nosotros errónea, entre

funcionario público y personal con contrato de trabajo, y dado que los asuntos sometidos a la consideración del Tribunal y resueltos en las sentencias reseñadas afectan a personas que trabajan para una Administración Pública mediante un vínculo jurídico-positivo administrativo-funcionarial, pudiera entenderse que en dichas sentencias el Alto Tribunal se refiere exclusivamente a los funcionarios públicos en sentido técnico-jurídico positivo, con exclusión del personal que trabaja en las Administraciones Públicas con un vínculo jurídico-positivo laboral. Pero es evidente que, con independencia de la interpretación cerrada del Tribunal Constitucional, hay que considerar la expresión "funcionario público", no en sentido estricto técnico-jurídico de persona al servicio de las Administraciones Públicas con un vínculo jurídico-positivo administrativo-funcionarial, sino en sentido amplio, esto es, funcionario público es toda persona que realiza una función pública o ejerce un cargo público, con independencia del vínculo jurídico-positivo concreto en virtud del cual se encuentra ligado a una Administración Pública, y, en este sentido, lo es también el personal laboral que presta sus servicios a una Administración Pública, siéndole, consecuentemente, de aplicación a este personal todos los razonamientos y consideraciones que el Tribunal Constitucional realiza en

tales sentencias. Y entendemos que ello es así por las siguientes razones:

a) Porque el precepto constitucional se refiere a todos "los ciudadanos" (artículo 23.1), sin que se excluya, en consecuencia, al ciudadano que trabaja para una Administración Pública con vínculo jurídico-positivo laboral.

b) Porque, incluso, la primera de las sentencias reseñadas se refiere a "los servidores públicos", expresión que comprende a todos los trabajadores públicos, tanto al personal funcionario como al personal con vínculo contractual, administrativo o laboral (24), señalando también, en el mismo sentido, la referida sentencia que "los ciudadanos no deben ser discriminados para el empleo público", considerándose por la doctrina empleo público, indistintamente, el que se realiza para una Administración Pública, tanto mediante un vínculo jurídico-administrativo, como el que se desarrolla mediante un vínculo jurídico-laboral (25).

y c) Porque el carácter público de la función que se ejerce viene dado por la naturaleza pública del ente empleador (26), que en la relación de empleo público es siempre una Administración Pública, un sujeto de derecho

público (27), y no por la persona que la ejerce, y ello con independencia del vínculo jurídico-positivo concreto en virtud del cual se ejerce dicha función pública.

Es, pues, claro que, en el sentido que acabamos de exponer, el personal que trabaja para una Administración Pública con contrato de trabajo es también trabajador público y forma parte de la Función Pública, quedando, en consecuencia, incluido en el concepto de "funcionario público" en sentido amplio (28), pues es obvio que este personal realiza una función pública y no privada, toda vez que, al trabajar para una Administración Pública, las consecuencias jurídicas de su trabajo tienen una trascendencia pública y afectan directamente a ese interés general de todos los ciudadanos, a ese interés público que la Administración Pública ha de servir con objetividad. Por ello, la igualdad jurídica garantizada en el artículo 23.2 de la Constitución está referida también al personal con contrato laboral que trabaja para las Administraciones Públicas, en tanto en cuanto que su función es tan pública como la ejercida por los funcionarios públicos, con vínculo jurídico administrativo.

Y esta igualdad jurídica específica que consagra el artículo 23.2 de la Constitución en el ámbito de la

Función Pública afecta a la relación jurídico-individual del trabajador público, como claramente ha afirmado el Tribunal Constitucional, "desde el momento del acceso a la función pública y en tanto no se haya operado la extinción, conectada a la edad de jubilación..." (29), o bien, obviamente, hasta tanto la relación jurídica no se extinga por cualquier otra causa de las legalmente establecidas para ello. Es decir, esa igualdad jurídica específica en el sector público ha de estar presente no sólo en el acto concreto de acceso a la función pública, sino también en todos y cada uno de los actos sucesivos que conforman el contenido jurídico de la relación individual de empleo público, hasta que esta relación jurídica se extinga legalmente.

El artículo 23.2 de la Constitución es, en definitiva, el fundamento jurídico-positivo máximo de la igualdad jurídica que ha de regir las relaciones jurídico-individuales de trabajo de todos los empleados públicos, de todos los trabajadores de las Administraciones Públicas, con independencia del vínculo jurídico-positivo concreto -administrativo o laboral- en virtud del cual cada uno de esos trabajadores públicos desempeñe el cargo público o ejerza la función pública, igualdad jurídica que en nuestro vigente ordenamiento positivo quiebra, al existir en el mismo dos regímenes

jurídicos diferentes, de contenido jurídico, asimismo, diverso, para regular estas idénticas relaciones jurídico-individuales de trabajo, con efectos jurídicos, igualmente, distintos, según sea el régimen normativo que las regule administrativo o laboral, diferencias y desigualdades que se encuentran, evidentemente, vedadas por este precepto constitucional.

3.-Desigualdad de tratamiento jurídico en la relación jurídico-individual de trabajo del personal al servicio de las Administraciones Públicas, por razón del vínculo jurídico-positivo que le une a las mismas.

Una vez constatada la exigencia constitucional genérica de igualdad de tratamiento jurídico para todos los trabajadores que conforman el sistema español de relaciones laborales, sin excepción alguna (artículo 35 de la Constitución en relación con el 14), incluidos, por lo tanto, los de las Administraciones Públicas, así como la exigencia constitucional específica de esa misma igualdad jurídica para estos últimos (artículo 23.2 de la Constitución), vamos a analizar, paralelamente, el contenido jurídico de las dos relaciones individuales de

trabajo que, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico vigente, pueden desarrollarse entre una Administración Pública y una persona física: la relación jurídica administrativa-funcionarial y la relación jurídica laboral, para, de esta forma, poner de relieve las desigualdades jurídicas que se dan entre ambas, derivadas, precisamente, de la existencia de dos regímenes jurídicos distintos que regulan la misma actividad fáctica: una relación de trabajo humano.

Desigualdades que, evidentemente, se encuentran vedadas por nuestra Norma Fundamental, sin que el legislador ordinario les haya puesto remedio, a pesar de que esta quiebra constitucional de la igualdad de tratamiento jurídico afecta tan directamente a una de las instituciones básicas del nuevo Estado social y democrático de derecho surgido de la Constitución de 1.978: la Administración Pública.

En este análisis paralelo, desde la óptica constitucional de la igualdad de tratamiento jurídico, del contenido de las relaciones individuales de trabajo que se desarrollan en el ámbito de las Administraciones Públicas, no pretendemos ser exhaustivos y examinar todos los aspectos de las dos relaciones jurídicas que regulan

el trabajo en el sector público, sino sólo aquellos más notables de las mismas en los que la diversidad de tratamiento jurídico pone de manifiesto la pervivencia de esas desigualdades normativas en las relaciones jurídico-laborales públicas, que nuestro ordenamiento positivo se obstina en mantener, a pesar de que la Constitución es clara y rotunda al proscribir, con carácter general, toda discriminación, esto es, toda desigualdad que carezca de justificación razonable y objetiva, -como reiteradamente ha señalado el Tribunal Constitucional, según hemos observado en el capítulo anterior-, y garantizar, consecuentemente, la igualdad de tratamiento jurídico para todos los españoles sin excepción (artículo 14), igualdad que viene, asimismo, exigida en todas las relaciones de trabajo, públicas o privadas, que conforman el actual sistema español de relaciones laborales (artículo 35), y que en las relaciones jurídico-laborales del sector público, que estamos analizando, no existe, sin que haya una justificación objetiva y razonable para ello, como venimos subrayando en el presente trabajo.

Igualdad jurídica que, de forma específica, nuestra Constitución garantiza para estos trabajadores públicos (artículo 23.2) en atención a la especial e importante tarea que tienen que desarrollar durante el

de empeño de su función pública, esto es, ser el instrumento mediante el cual "la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales..." (artículo 103 de la Constitución), carácter instrumental que no sólo afecta a los trabajadores públicos que desempeñan su función o cargo públicos en virtud de un vínculo jurídico-positivo administrativo-funcionarial, sino también a aquellos otros trabajadores públicos con vínculo jurídico-positivo laboral, como hemos sostenido en otro lugar.

En este sentido, se puede observar en las relaciones jurídico-laborales públicas una doble quiebra de la igualdad de tratamiento jurídico-positivo, consagrada por nuestra Constitución:

a) Una desigualdad genérica, que es la derivada de comparar el tratamiento jurídico otorgado al colectivo de trabajadores del sector público que se rige por el Derecho Administrativo (funcionarios), con el de los trabajadores del sector privado, regidos por el Derecho del Trabajo.

y b) Una desigualdad específica, que es la constatada al comparar el tratamiento jurídico otorgado a los propios trabajadores de las Administraciones

Públicas, entre sí, toda vez que, siendo todos ellos trabajadores públicos, es decir, realizando todos idéntico trabajo para el mismo empleador, unos se rigen por el Derecho Administrativo (funcionarios) y otros por el Derecho del Trabajo (personal con contrato de trabajo), con la consecuente discriminación jurídico-positiva que, necesariamente, se produce para uno de los dos colectivos de trabajadores públicos.

En realidad, esta doble quiebra de la igualdad de tratamiento jurídico-positivo en las relaciones jurídico-laborales públicas podemos sintetizarla en una sola: la que se deriva de la pervivencia en nuestro ordenamiento jurídico de dos regímenes normativos diferentes para regular una misma relación de trabajo humano, en función de que el empleador sea o no una Administración Pública, lo que, evidentemente, produce efectos jurídicos, asimismo, distintos, sin que exista una fundamentación objetiva y razonable que justifique esta discriminación jurídica.

Por ello, nosotros vamos a centrar nuestro estudio de esa quiebra constitucional de la igualdad de tratamiento jurídico en las relaciones individuales de trabajo que se desarrollan en las Administraciones Públicas, en las que esa quiebra es más perceptible y más

irritante, si cabe, puesto que, como ha señalado la doctrina iuslaboralista, es bochornoso que la Administración Pública, cuando actúa como empleadora, se exima de cumplir ciertas obligaciones que ella misma impone a los empleadores privados (30), y es obvio, como acertadamente ha observado también la doctrina iuslaboralista, que al asumir la Administración Pública la condición jurídica de empleador, en sentido laboral, pasa a contraer los deberes legales y las obligaciones contractuales inherentes a tal posición jurídica (31), puesto que las Administraciones Públicas son verdaderos empleadores laborales respecto a los trabajadores a su servicio, que, como hemos reiterado anteriormente, lo son tanto los vinculados a las mismas por una relación jurídico-positiva administrativa-funcionarial, como los que lo están en virtud de una relación jurídica-laboral.

Si como autoridad, esto es, investida de "imperium", la Administración Pública debe sometimiento a la ley y al Derecho (artículo 103.1 de la Constitución), no menos lo deberá como simple contratante de derecho privado, en virtud de la genérica sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, impuesta para ciudadanos y poderes públicos, indistintamente, por el artículo 9.1 de la propia Constitución (32), y una de las obligaciones que la Norma

Fundamental impone y a la que, en consecuencia, está sujeta la Administración Pública, es la igualdad de tratamiento jurídico a todos los españoles en general (artículo 14), a todos los trabajadores en particular (artículo 35) y, de manera específica, a todos los trabajadores de las Administraciones Públicas (artículo 23.2), por lo que consideramos que en ningún caso está justificada la pervivencia de esas desigualdades jurídicas que existen en las relaciones individuales jurídico-laborales públicas, en función de que el vínculo jurídico-positivo, origen de las mismas, sea administrativo-funcionarial o laboral, desigualdades que vamos a analizar a continuación.

3.1.- Acceso al empleo público.

El primer paso que todo ciudadano que quiera trabajar para las Administraciones Públicas tiene que dar es acceder al empleo público, esto es, ingresar al servicio de esas Administraciones Públicas.

La importancia que tiene este primer paso de todo trabajador de las Administraciones Públicas se observa en la relevancia jurídica que el propio texto constitucional le concede, al regular de forma expresa y directamente las características jurídicas del mismo en dos de sus

preceptos. En efecto, el artículo 23.2 de la Constitución garantiza el derecho de los ciudadanos "a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos...", y el artículo 103.3 establece "el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad...". Es decir, los requisitos mínimos que deben observar todos los procedimientos de acceso a una relación jurídica de empleo público, bien administrativa, bien laboral, para que pueda predicarse la constitucionalidad de los mismos sin tacha alguna, son igualdad, mérito y capacidad.

A pesar de que de estos presupuestos básicos constitucionales no se deriva la exigencia jurídico-positiva de la existencia de dos vías jurídicas diferentes para prestar servicios en las Administraciones Públicas, sino, más bien, todo lo contrario, el legislador ordinario posconstitucional ha preferido seguir manteniendo la tradicional distinción jurídico-positiva existente en nuestro ordenamiento jurídico y en nuestra doctrina administrativista entre relación de empleo público jurídico-administrativa funcional y relación de empleo público jurídico-laboral, en vez de interpretar correctamente el espíritu igualitario que anima a nuestra Constitución y, consecuentemente, unificar la normativa que debe regular

la relación jurídica de trabajo que se desarrolla en las Administraciones Públicas, que, como relación jurídica laboral que es, debe ser la normativa que la propia Constitución establece en su artículo 35.2 para regular toda relación laboral, de cualquier clase que ésta sea, como hemos señalado anteriormente.

En definitiva, el ingreso en el empleo público puede realizarse, de acuerdo con nuestro actual ordenamiento jurídico, por medio de un vínculo jurídico-positivo administrativo-funcionarial, o bien, a través de un vínculo jurídico-positivo laboral, estableciéndose, en consecuencia, una relación jurídica administrativa o una relación jurídica laboral, respectivamente, con la Administración Pública.

En realidad, en esta fase previa de una relación de empleo público comienza ya un proceso discriminatorio para el ciudadano que pretende ingresar en la Función Pública, puesto que, según cual sea la vía que la Administración Pública elija para ello -la administrativa-funcionarial o la laboral-, el procedimiento normal u ordinario de ingreso será la oposición o el concurso, respectivamente, (33) discriminación que le acompañará durante toda su permanencia en la misma, como hemos señalado en otro

lugar, toda vez que esta primera opción es determinante en cuanto al régimen jurídico-positivo -administrativo o laboral- por el que se regirá su relación jurídica con la Administración Pública hasta que la misma se extinga legalmente.

Esta distinta forma de acceso a las funciones públicas, que es considerada como la causante del distinto régimen jurídico por el que ha de regularse la relación jurídica de empleo público, es ni más ni menos que una "fictio iuris" creada y mantenida en los ordenamientos jurídicos europeos en circunstancias históricas distintas a las actuales, en las que el nombramiento del funcionario guardaba un estrecho paralelismo con el de los servidores privados de cualquier señor o comerciante, hasta, prácticamente, finales del siglo XIX (34). Pero hoy, al ser las circunstancias históricas actuales, afortunadamente, distintas a las señaladas de épocas anteriores (35), esa figura servil al gobierno de turno, que sigue representando el funcionario, debe repugnar a la sensibilidad social y democrática que se presume en los legisladores y gobernantes del Estado de Derecho que surge de nuestra Constitución de 1978.

En consecuencia, la relación jurídica de servicio

del funcionario público debe estructurarse actualmente considerándose lo que es, esto es, una relación laboral, y teniéndose en cuenta, asimismo, los principios constitucionales o valores superiores que han de inspirar y presidir nuestro ordenamiento jurídico, en especial, a los efectos de lo que aquí nos interesa resaltar, el de igualdad de tratamiento jurídico de todos los trabajadores del sistema español de relaciones laborales y, dentro de éste, de todos los trabajadores de las propias Administraciones Públicas, igualdad jurídica que ha de comenzar en el mismo procedimiento de selección del personal que accede a las funciones o cargos públicos, pues es éste, junto con los de mérito y capacidad, un principio constitucional previo para el aseguramiento de los de imparcialidad y eficacia contenidos en el artículo 103 de la Constitución (36), así como un presupuesto básico irrenunciable para cualquier Función Pública de una Administración Pública que presuma de ser democrática.

Sin embargo, nuestro derecho positivo vigente sigue manteniendo el doble sistema de acceso a las funciones públicas -vía administrativa-funcionarial o vía laboral-, dualidad que, obviamente, quiebra esa igualdad jurídica garantizada por nuestra Ley Fundamental, con carácter general en su artículo 14, y, de manera

específica para los trabajadores públicos, en su artículo 23.2.

En efecto, el artículo 19.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública, establece que "las Administraciones Públicas seleccionan su personal, ya sea funcionario, ya laboral, de acuerdo con su oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libres, en los que se garanticen, en todo caso, los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad".

Por su parte, la norma que desarrolla el precepto antes citado de la Ley 30/1984, el Real Decreto 2223/1984, de 19 de diciembre, que aprueba el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración del Estado, si bien dispone que el acceso a una relación jurídica de empleo público, en cualquiera de sus actuales modalidades -administrativa-funcionarial y laboral- se realizará siguiendo un procedimiento reglamentado "mediante convocatoria pública y a través de los sistemas de concurso, oposición o concurso-oposición libres, en los que se garanticen, en todo caso, los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad" (artículo 32.1), a continuación diferencia

claramente cuál de estos sistemas de ingreso señalados es el normal, según cual sea la vía de acceso utilizada por la Administración Pública para la recluta de personal a su servicio, la administrativa-funcionarial o la laboral.

Así, el artículo 4 establece que "el acceso a los cuerpos o escalas de funcionarios de la Administración del Estado será a través de oposición, salvo cuando por la naturaleza de las funciones a desempeñar, sea más adecuado la utilización del sistema de concurso-oposición y, excepcionalmente, el de concurso", y el artículo 5 dispone que "la selección del personal laboral fijo, previa a su contratación, se realizará por el sistema de concurso, salvo cuando, por la naturaleza de las tareas a realizar, o por el número de aspirantes, resulte más adecuado el de concurso-oposición o el de oposición", estableciendo, en este mismo sentido, el artículo 26 que para el ingreso del personal laboral "el sistema normal de selección es el concurso..."

De esta manera, quedan consagrados normativamente el sistema de oposición para el acceso a un empleo público mediante la vía administrativa-funcionarial y el del simple concurso para los que accedan al empleo público a través de la vía laboral, con lo que, asimismo,

quedan consagradas normativamente las desigualdades de tratamiento jurídico que esta distinta forma de acceso al empleo público conlleva, desigualdades jurídicas que perjudican notablemente al colectivo de trabajadores públicos con vínculo jurídico-positivo administrativo-funcionarial, pues a nadie se le oculta la mayor dificultad del sistema de oposición frente al mero concurso, y ello con independencia de que este último sistema ofrece mayores riesgos de quiebra de la objetividad e imparcialidad imprescindibles en todo proceso de selección de trabajadores públicos para que pueda predicarse la constitucionalidad del mismo. En este sentido, consideramos que, concretamente, los concursos restringidos incurren en inconstitucionalidad por quiebra flagrante del principio de igualdad de tratamiento jurídico, garantizado en nuestra Constitución (37).

De ahí que la igualdad jurídica que, a nivel normativo ordinario, garantizan tanto el artículo 19 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, como el artículo 3º del Real Decreto 2223/1984, de 19 de diciembre, en el mejor de los casos, sólo pueda predicarse respecto de cada uno de los dos colectivos de trabajadores públicos -funcionarios y contratados laborales- por separado, pero no conjuntamente de todos los trabajadores de las Administraciones Públicas, que es, para nosotros, la

interpretación correcta que, constitucionalmente, procede dar a la igualdad de tratamiento jurídico en este aspecto concreto, por lo que, evidentemente, nos encontramos ante una quiebra obvia de la igualdad jurídica en el acceso al empleo público, consagrada en el artículo 23.2 de la Constitución.

3.2.- Adscripción a puestos de trabajo.

La adscripción de los puestos de trabajo en las Administraciones Públicas, en función de que el que los desempeñe sea funcionario o contratado laboral, quiebra, asimismo, la igualdad de tratamiento jurídico para todos los trabajadores públicos, que proclama y consagra nuestra Constitución.

En efecto, siendo ambos colectivos de trabajadores públicos idénticos jurídicamente, no tienen, sin embargo, idénticas posibilidades legales de desempeñar indistintamente los mismos puestos de trabajo de las Administraciones Públicas. Así, el artículo 15.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, (38) establece claramente en el párrafo a) que las relaciones de puestos de trabajo "comprenderán, conjunta o separadamente, los puestos de trabajo del personal funcionario de cada

Centro gestor, el número y las características de los que puedan ser ocupados por personal eventual, así como los de aquellos otros que puedan desempeñarse por personal laboral", de donde se deduce fácilmente que el legislador ordinario no pretende, en este aspecto, la igualdad de tratamiento jurídico para ambos colectivos de trabajadores públicos, ya que no todos los empleados públicos pueden desempeñar indistintamente, en igualdad de condiciones y reuniendo idénticos requisitos objetivos, los mismos puestos de trabajo, siendo determinante para ello el vínculo jurídico-positivo -funcionarial o laboral- por el que el trabajador público esté unido a la Administración Pública, observándose, además, en el párrafo c) del mismo precepto legal que la regla general es que "los puestos de trabajo de la Administración del Estado y de sus Organismos Autónomos, así como los de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, serán desempeñados por funcionarios públicos", constituyendo una excepción los que podrán desempeñarse por personal laboral, que, para mayor agravio, son, en general, los de menos rango y nivel, a tenor de la relación que de estos hace el citado párrafo c).

Esta misma línea discriminatoria para el personal laboral, en este aspecto que estamos analizando, se

observa también en la disposición transitoria decimoquinta de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, (39), que, aunque en el párrafo primero proclama solemnemente que "la adscripción de un puesto de trabajo, en las correspondientes relaciones, a personal funcionario no implicará el cese del laboral que lo viniera desempeñando, que podrá permanecer en el mismo sin menoscabo de sus expectativas de promoción profesional", a continuación, en el párrafo segundo, establece que "el personal laboral fijo que, a la entrada en vigor de la presente Ley, se hallara prestando servicios en la Administración del Estado y sus Organismos Autónomos, así como en las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, en puestos reservados a funcionarios, podrá participar en las pruebas selectivas de acceso a los Cuerpos y Escalas a los que fueren adscritos los correspondientes puestos, siempre que posean la titulación necesaria y reúnan los restantes requisitos exigidos, debiendo valorarse a estos efectos como mérito los servicios efectivos prestados en su condición de laboral, y las pruebas selectivas superadas para acceder a la misma".

En otros términos, un trabajador público con contrato laboral por tiempo indefinido, aunque posea la titulación necesaria y reúna los restantes requisitos

legalmente exigidos para desempeñar un puesto de trabajo, e, incluso, desempeñándolo ya efectivamente, deberá reconvertirse en funcionario y, en consecuencia, participar en las pruebas selectivas de acceso a la vía funcionarial, si quiere asegurarse su permanencia en dicho puesto de trabajo, cuando éste estuviese reservado a funcionarios, y ello, como establece explícitamente el párrafo analizado, aún reconociendo la propia norma el que este trabajador público fijo, contratado laboralmente, haya podido superar anteriormente otras pruebas selectivas similares para su acceso a la condición de personal laboral fijo de la Administración Pública, siendo, en definitiva, necesario que este trabajador público demuestre doblemente su capacidad y méritos a la propia Administración Pública para que ésta considere que está cualificado profesionalmente para desempeñar determinados puestos de trabajo.

Así pues, no se valora, en este supuesto, para desempeñar un puesto de trabajo determinado en la Administración Pública, la capacidad y méritos del trabajador público con vínculo jurídico laboral, ya demostrados suficientemente tanto por las primeras pruebas selectivas superadas para acceder a la condición de trabajador público fijo, como por la experiencia acumulada en el tiempo que hubiere estado desempeñando

dicho puesto de trabajo, sino que para ello única y exclusivamente se tiene en cuenta el colectivo laboral-funcionarial o con vínculo jurídico-laboral- al que pertenece el trabajador público, o, más concretamente, es determinante para desempeñar un puesto de trabajo en una Administración Pública que el vínculo jurídico-positivo que une al trabajador público con la Administración Pública sea el administrativo-funcionarial.

Evidentemente, no se compagina bien el contenido del párrafo primero con lo que establece el párrafo segundo de la disposición transitoria decimoquinta, existiendo una franca contradicción entre ambos, contradicción que, a la vez, hace resaltar más, si cabe, la desigualdad jurídica que este tratamiento de la norma positiva produce, en este aspecto, entre el trabajador público funcionario y el trabajador público contratado laboral.

Obviamente, si de verdad estuviese garantizada la igualdad de tratamiento jurídico en el ámbito de las relaciones de trabajo en las Administraciones Públicas, sobraría la disposición transitoria decimoquinta completa, ya que si el trabajador público con vínculo jurídico-laboral tuviese reconocido el mismo nivel de tratamiento jurídico-positivo que el trabajador público

con vínculo jurídico administrativo-funcionarial, ni sería necesaria la proclamación contenida en el párrafo primero, que se daría por supuesta, ni haría falta que el personal laboral tuviese que reconvertirse en funcionario, demostrando nuevamente, mediante la superación de unas pruebas selectivas, su capacidad y méritos ya avalados por otras pruebas selectivas similares, realizadas anteriormente para el acceso a la condición de trabajador público con vínculo jurídico-laboral fijo, para poder desempeñar un puesto de trabajo público.

Finalmente, tanto el artículo 20 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública, como la norma que desarrolla dicho precepto, el Real Decreto 2617/85, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general de provisión de puestos de trabajo y de promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración del Estado, se refieren exclusivamente a los trabajadores públicos funcionarios, sin que exista una normativa paralela, que regule con tal precisión esta materia, para el trabajador público con vínculo jurídico-laboral.

Es, pues, obvio que en la adscripción de los trabajadores de las Administraciones Públicas a los

puestos de trabajo se producen desigualdades de tratamiento jurídico por razón del vínculo jurídico positivo en virtud del cual estos trabajadores públicos se encuentran ligados a las Administraciones Públicas, desigualdades que, en este aspecto concreto, perjudican sensiblemente a los trabajadores públicos con vínculo jurídico laboral.

3.3.- Régimen disciplinario.

Las diferencias fundamentales que afectan al régimen disciplinario de los trabajadores de las Administraciones Públicas, en razón de que el vínculo jurídico-positivo que los une a las mismas sea laboral o administrativo-funcionarial estriban, básicamente, en las garantías jurídicas frente a la Administración Pública que tienen en uno u otro supuesto.

En efecto, partiendo de que el principio de legalidad está garantizado para ambos colectivos de trabajadores públicos, en cuanto que las faltas y sanciones, así como el procedimiento a seguir en cada caso, están establecidos en la ley, esto es, en el artículo 31 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública y, de manera más

detallada, en la norma que lo desarrolla, el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, para los trabajadores públicos con vínculo jurídico administrativo-funcionarial, y en los artículos 54, 55, 56 y 58 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, para los trabajadores públicos con vínculo jurídico laboral, no es menos cierto, sin embargo, que las garantías jurídicas en el procedimiento administrativo previo a la sanción difieren notablemente según el trabajador público afectado sea funcionario o contratado laboral (40).

Así, el trabajador público funcionario se rige en este aspecto por lo dispuesto en el ya citado Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, que aprueba el Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, siendo, precisamente, lo más notable del mismo el régimen de garantías que contiene (41), y que podemos sintetizar en las siguientes:

a) Detallada tipificación de las faltas cometidas por el funcionario en el ejercicio de su cargo, diferenciándose éstas en muy graves, graves y leves

(artículos 5, 6, 7 y 8).

b) Graduación de las sanciones según sean las faltas muy graves, graves o leves (artículos 14, 15, 16 y 17).

c) La obligatoriedad de instruir expediente contradictorio, previo a la imposición de la sanción, cuando las faltas sean graves o muy graves (artículo 18.1), siendo potestativo en el supuesto de las faltas leves, pero en este último caso siempre será preceptivo el trámite de audiencia al inculpado (artículo 18.2).

d) Distribución de las competencias para imponer las sanciones disciplinarias entre distintos órganos de la Administración Pública, en función de la mayor o menor gravedad de las mismas, teniendo atribuida exclusivamente el Consejo de Ministros la competencia para imponer la sanción de separación del servicio, sólo por falta muy grave (artículo 47).

y e) La resolución del expediente disciplinario en la que se imponga la sanción deberá expresar el recurso o recursos que el inculpado pueda interponer contra la misma, así como el órgano ante el que ha de presentarse y los plazos para interponerlos (artículo

48.3).

Frente a este conjunto de garantías administrativas de los trabajadores públicos funcionarios, los trabajadores públicos con contrato laboral se encuentran en franca desventaja en la vía administrativa ante una Administración Pública que pretenda imponerle una sanción disciplinaria, puesto que estos trabajadores públicos se rigen, en este aspecto, directamente por el Estatuto de los Trabajadores, salvo en lo que respecta a la obligatoriedad para ellos de incoación de expediente administrativo sancionador, previo a la imposición de la sanción por falta grave o muy grave por la Administración Pública, así como la audiencia al inculpado, también preceptiva, como veremos más adelante, sin que exista una norma de desarrollo específica paralela al Real Decreto 33/1986, de 10 de marzo.

En efecto, el artículo 58 del Estatuto de los Trabajadores es parco y escueto, además de inconcreto, estableciendo en el párrafo primero que "los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de las faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o convenio colectivo que sea

aplicable", esto es, se refiere de manera genérica a "incumplimientos laborales", sin especificar cuáles, y remite a "las disposiciones legales o convenio colectivo" para la graduación de las faltas y sanciones. Este mismo precepto señala, en su párrafo segundo, como únicos requisitos de forma a cumplir por el empleador, que "la sanción de las faltas graves o muy graves requerirá comunicación escrita al trabajador, haciendo constar la fecha y los hechos que la motivan", so pena de nulidad de las sanciones en caso de omisión de dichos requisitos formales, si el trabajador impugna la sanción en la vía jurisdiccional (42). Y, finalmente, el párrafo tercero prohíbe que la sanción que se imponga consista en "la reducción de la duración de las vacaciones u otra minoración de los derechos al descanso del trabajador o multa de haber", pudiéndose declarar, igualmente en la vía judicial, la nulidad de la sanción que se haya impuesto ignorando esta prohibición (43).

Sólo en el supuesto de que el empleado sea representante legal de los trabajadores está más protegido formalmente, en este aspecto, por la Ley 8/1980, de 10 de marzo, acercándose algo más a las garantías que tiene, en todo caso, cualquier funcionario público, sin que sea cargo representativo, que haya de ser sancionado por la comisión de una falta grave o muy

grave. Efectivamente, en este supuesto el propio Estatuto de los Trabajadores en su artículo 68, párrafo a) establece las siguientes garantías de los miembros del comité de empresa y de los delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores, frente a la acción sancionadora del empleador: "apertura de expediente contradictorio en el supuesto de sanciones por faltas graves o muy graves, en el que serán oídos, aparte del interesado, el comité de empresa o los restantes delegados de personal".

En definitiva, salvo en este supuesto, el empleador podrá sancionar a los trabajadores, hasta con el despido disciplinario regulado en el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores, sólo con cumplir unos mínimos requisitos formales, e, incluso sin cumplirlos, podrá llevar a efecto la sanción impuesta, lo que sucede con bastante frecuencia, con independencia de que el trabajador siempre tenga expedita la vía jurisdiccional para revisar tal sanción (44).

Sin embargo, difícilmente se sancionará a un funcionario público por una falta grave o muy grave sin cumplir los requisitos formales establecidos en el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, esto es, si no es en virtud de un expediente administrativo contradictorio

previo, y si la sanción que se imponga es la de separación del servicio, o sea, la equivalente al despido del trabajador con vínculo jurídico laboral, el órgano competente para ello es exclusivamente el Consejo de Ministros, como hemos señalado anteriormente, y no el órgano que ejerza las competencias en materia de personal del Organismo público en el que trabaje el sancionado, como sería en el caso del trabajador público contratado laboral.

La remisión que el artículo 58.1 del Estatuto de los Trabajadores hace a las disposiciones legales y convenio colectivo aplicables" y, más concretamente, esta última del convenio colectivo, es la vía que, afortunadamente, se utiliza cada vez más por las Administraciones Públicas para acercar las condiciones laborales de los trabajadores públicos con vínculo jurídico laboral a las de los trabajadores públicos funcionarios, en los supuestos en que estas últimas sean más favorables, como las que estamos analizando en materia disciplinaria (45). Pero no siempre ocurre así, y, en el mejor de los casos, por esta vía nunca podrá igualarse totalmente el sistema de garantías jurídicas de ambos colectivos de trabajadores públicos (46). De nuevo nos encontramos con que la única solución para que así sea es que sólo exista una única normativa que regule las

condiciones básicas y mínimas de trabajo de estos dos colectivos de trabajadores de las Administraciones Públicas.

Ahora bien, con independencia de lo anteriormente expuesto y ateniéndonos a la normativa positiva vigente, ¿es plenamente aplicable el Estatuto de los Trabajadores, en materia disciplinaria, a los trabajadores de las Administraciones Públicas con vínculo jurídico- laboral, sin matizaciones de ninguna clase?, ¿puede una Administración Pública sancionar a estos trabajadores públicos sin cumplir más requisitos que los que establece el artículo 58.2 del Estatuto de los Trabajadores, o, por el contrario, estará obligada a aplicar el procedimiento sancionador que, con carácter general, regula la Ley de Procedimiento Administrativo en sus artículos 133 y siguientes? (47). En otros términos, ¿es la actuación sancionadora de una Administración Pública a un trabajador a su servicio, con vínculo jurídico laboral, una actuación de naturaleza exclusivamente jurídica-laboral o lo es también de naturaleza jurídica-administrativa?.

Si bien hay que tener en cuenta que el procedimiento sancionador regulado en el capítulo segundo del título sexto de la Ley de Procedimiento

Administrativo está previsto, fundamentalmente, para garantizar la actuación objetiva de la Administración Pública y, a la vez, la defensa del administrado frente a la misma, cuando éste es considerado presunto infractor de una norma administrativa, -siempre que no exista un procedimiento especial para llevar a cabo la competencia sancionadora de la Administración Pública-, y no para imponer una sanción disciplinaria a los propios trabajadores de la Administración Pública, no es menos cierto que cuando ésta impone una sanción disciplinaria a un trabajador público con vínculo jurídico-laboral, esto es, una sanción de naturaleza jurídica laboral, está ejerciendo, a su vez, una competencia de naturaleza jurídica administrativa, y, en este caso, no es lógico ni coherente que este trabajador público tenga, en este aspecto, menos garantías jurídicas y, en consecuencia, un tratamiento jurídico distinto, no sólo ya a los demás trabajadores públicos con vínculo jurídico administrativo-funcionarial, sino, incluso, a cualquier otro ciudadano, máxime cuando, como el Tribunal Constitucional ha afirmado, "los principios incorporados del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho Administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado" (48), y esta facultad punitiva ha de ejercitarse con las mismas garantías jurídicas para todos aquellos ciudadanos

susceptibles de ser sancionados por una Administración Pública, con independencia de la relación jurídica con ese ciudadano en virtud de la cual la Administración Pública ejerza esta competencia punitiva.

Por todo ello, consideramos que cuando no exista convenio colectivo o disposición legal aplicables que establezcan un procedimiento sancionador, para imponer una sanción disciplinaria a un trabajador público con vínculo jurídico-laboral será preceptiva la tramitación del procedimiento sancionador regulado en el capítulo segundo del título sexto de la Ley de Procedimiento Administrativo, que tiene carácter supletorio.

Otro tanto sucede con el requisito de audiencia al inculcado, establecido en el artículo 105 de la Constitución, que el Estatuto de los Trabajadores, al regular, fundamentalmente, las relaciones jurídico-laborales privadas, omite en el procedimiento sancionador a los trabajadores, salvo en el caso de los representantes legales de los mismos, como hemos señalado anteriormente. Sin embargo, al ser la resolución de la Administración Pública que sanciona a un trabajador con vínculo jurídico-laboral, a la vez, una disposición administrativa, que le afecta directamente, es obvio que esta exigencia constitucional ha de ser también aplicable

preceptivamente en los procedimientos administrativos previos a cualquier sanción, incluidas las leves, que se impongan a un trabajador público con vínculo jurídico-laboral.

En definitiva, consideramos que, aún cuando las "disposiciones legales o convenio colectivo" aplicables a estos trabajadores públicos no lo establezcan, es preceptivo, so pena de nulidad de las sanciones impuestas, incoar el procedimiento sancionador que establece la Ley de Procedimiento Administrativo, así como realizar el trámite de audiencia al inculcado, que es de obligada cumplimentación por imperativo constitucional.

La posibilidad de revisión de las sanciones disciplinarias en la vía jurisdiccional está garantizada para los dos colectivos de trabajadores públicos, pues la propia Constitución establece, por un lado, que "todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión" (artículo 24.1), y, por otro, al tratarse en ambos supuestos de una actuación administrativa, "los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación

administrativa..." (artículo 106.1). Sin embargo, según sea el trabajador público recurrente funcionario o contratado laboral, la vía jurisdiccional competente será la contencioso-administrativa o la social, respectivamente, lo que, como analizaremos más adelante, supone una desventaja, en este aspecto, para el funcionario. Pero, a pesar de todo, consideramos importante subrayar, como se ha afirmado por la doctrina, que, en definitiva, este intenso control jurisdiccional sobre toda la actuación de la Administración Pública, que tiene su origen imperativo en la misma Constitución, no deja de ser otra forma de defender la Constitución (49).

Finalmente, en el régimen disciplinario de los trabajadores públicos existe una notoria desigualdad de tratamiento jurídico en lo que respecta a la prescripción de las faltas, según el trabajador público sea funcionario o contratado laboral. Así, para el funcionario las faltas muy graves prescriben a los seis años, las graves a los dos años y las leves a un mes, contado el plazo de prescripción desde que la falta se hubiese cometido (artículo 20.1 del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero), mientras que para el personal laboral las faltas muy graves prescriben a los sesenta días, a partir de la fecha en que el empleador tuvo conocimiento de su comisión, y, en todo caso, a los seis meses de

haberse cometido, las graves a los veinte días y las leves a los diez días (artículo 60.2 del Estatuto de los Trabajadores).

Queda, pues, claro que resulta mucho más fácil a una Administración Pública sancionar, incluso con el despido, a un trabajador a su servicio con vínculo jurídico laboral que a uno que es funcionario, pues, con independencia de la posibilidad de revisar las sanciones impuestas en la vía jurisdiccional en ambos casos, se encuentra para ello con menos trabas procedimentales en la vía administrativa, previa a la imposición de la sanción, desigualdad ésta que perjudica, evidentemente, al personal contratado laboral. Por el contrario, la Administración Pública cuenta con más tiempo para imponer la sanción, desde que tiene conocimiento de la comisión de la falta, cuando el trabajador a su servicio es funcionario que cuando es contratado laboral, puesto que las faltas prescriben antes en el segundo caso, lo que perjudica, indudablemente, al personal funcionario.

3.4.- Jubilación.

La edad para la jubilación forzosa de los trabajadores públicos tiene, asimismo, un tratamiento

jurídico distinto, según éstos sean funcionarios públicos, o tengan un vínculo jurídico laboral con la Administración Pública.

Así, mientras para el funcionario público la jubilación es forzosa a los sesenta y cinco años de edad, de acuerdo con el artículo 33 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública, el trabajador de una Administración Pública con vínculo jurídico laboral no tiene, a priori, límite máximo para la jubilación, pues el Estatuto de los Trabajadores no establece una edad obligatoria para dejar de trabajar sino que remite a la negociación colectiva, en cuyo marco "podrán pactarse libremente edades de jubilación", según establece la disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores, tal como ha quedado redactada tras el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre esta materia, al declarar que "es inconstitucional la disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores, interpretada como norma que establece la incapacitación para trabajar a los sesenta y nueve años y, de forma directa e incondicionada, la extinción de la relación laboral a esa edad" (50).

En efecto, el Estatuto de los Trabajadores también había establecido una edad máxima para la

jubilación del trabajador, aunque, en este caso, fuese la de sesenta y nueve años. Pero el Tribunal Constitucional, como hemos señalado, ha considerado que ello es inconstitucional, aunque esta inconstitucionalidad no es absoluta, esto es, no siempre y en todos los supuestos posibles es inconstitucional la jubilación forzosa del trabajador, sino que, por un lado, mantiene vigente la parte del texto de la disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores que permite pactar la edad de jubilación de los trabajadores a través de la negociación colectiva, luego está admitiendo la posibilidad de limitar, por esta vía, el derecho al trabajo de todo ciudadano, consagrado en el artículo 35 de la Constitución; y, por otro lado, considera que, en el marco de una política de empleo, "la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo sería constitucional siempre que con ella se asegurase la finalidad perseguida por la política de empleo, es decir, en relación con una situación de paro, si se garantizase que con dicha limitación se proporciona una oportunidad de trabajo a la población en paro, por lo que no podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo" (51), y ello siempre que el trabajador tenga cubierto el período de carencia necesario para la pensión de jubilación, pues "para que el sacrificio personal y económico que el tratamiento desigual que la jubilación

forzosa supone resulte justificado no basta con que sirva a la consecución de un fin constitucionalmente lícito, sino que es preciso, además, que con ello no se lesione desproporcionadamente un bien que se halla constitucionalmente garantizado" (52), esto es, considera el Alto Tribunal que sólo desde el reconocimiento y respeto a los derechos de los demás y desde valores constitucionales como la solidaridad, la igualdad real y efectiva y la participación de todos en la vida económica del país, puede encontrarse sentido a esta limitación a un derecho individual consagrado constitucionalmente (53).

Sin embargo, frente a este planteamiento doctrinal que hace el Tribunal Constitucional respecto a la jubilación forzosa de los trabajadores con contrato laboral, el Alto Tribunal mantiene un criterio doctrinal fundamentalmente opuesto en esta materia al referirse a los funcionarios públicos (54). Así, el Tribunal Constitucional sostiene que la relación jurídico-laboral y la relación jurídica administrativa-funcionarial son "relaciones jurídicas desiguales a las que no se impone la aplicación del mismo tratamiento", por lo que considera que "no es pertinente la cita de la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de julio de 1981" (55), esto es, la sentencia en la que el Alto Tribunal

establece la doctrina, antes analizada, referente a la jubilación forzosa de los trabajadores con contrato laboral.

De esta manera tan simple, sin entrar lo más mínimo en el fondo del problema planteado, desde un análisis sistemático y profundo del texto constitucional, queda resuelta para el Alto Tribunal la cuestión de la jubilación forzosa de ambos colectivos de trabajadores (56). A este respecto, ya hacíamos, en el capítulo anterior, al estudiar la doctrina del Tribunal Constitucional referente a la igualdad en el empleo público, un análisis crítico de esta incongruente posición doctrinal del Alto Tribunal, análisis al que nos remitimos y en el que, obviamente, nos reiteramos.

En definitiva, mientras que para los trabajadores públicos contratados laboralmente resulta inconstitucional la limitación de su derecho al trabajo, consagrado en el artículo 35 de la Constitución, mediante la fijación de una edad máxima para ello, impuesta de forma unilateral y absoluta a través de una norma, -salvo que el Gobierno lo estime pertinente en el marco de una política de empleo, y siempre que quede garantizado el derecho a la pensión de jubilación del trabajador, o, bien, salvo que la edad máxima para la jubilación sea

negociada entre la Administración Pública y los representantes sindicales de los trabajadores-, esa misma limitación al derecho al trabajo de los trabajadores públicos funcionarios no es inconstitucional en ningún supuesto, por lo que, consecuentemente, tienen que jubilarse de manera forzosa a los sesenta y cinco años de edad, sin tener en cuenta consideraciones de ninguna clase, quedando, de esta forma, consagrada por el Tribunal Constitucional la desigualdad de tratamiento jurídico, en este aspecto, entre ambos colectivos de trabajadores públicos, discriminación ésta que, indiscutiblemente, va en detrimento de los derechos de los trabajadores públicos funcionarios.

3.5.- Procedimiento contencioso.

La distinta jurisdicción a que han de acudir los trabajadores públicos para dirimir sus posibles contenciosos con sus empleadores, las Administraciones Públicas, según que sean funcionarios públicos o contratados laboralmente, es una de las diferencias jurídico-positivas más notables que distingue a ambos colectivos de trabajadores públicos, hasta tal punto que

se ha llegado a afirmar por la doctrina iuslaboralista que puede hoy decirse que sólo la diferencia de jurisdicción, dada la exclusión operada por el Estatuto de los Trabajadores, es lo único que separa a la Función Pública de un tratamiento homogéneo con los trabajadores comunes (57), afirmación que, si bien nosotros consideramos algo exagerada, pues no es sólo este aspecto el único que diferencia jurídicamente a ambos colectivos de trabajadores, sí denota, sin embargo, la desigualdad jurídico-procesal que tienen a la hora de defender judicialmente sus legítimos intereses laborales y profesionales, así como sus consecuencias jurídicas y prácticas.

Evidentemente, el trabajador público, sea funcionario, sea contratado laboral, tiene asegurada formalmente la tutela efectiva de jueces y tribunales, que le garantiza el artículo 24 de la Constitución, tanto a través del procedimiento contencioso-administrativo, como mediante el procedimiento laboral, respectivamente, de acuerdo con la normativa positiva vigente, pues no hay que olvidar que, correspondiendo en exclusiva a los tribunales de justicia la función jurisdiccional, de acuerdo con el artículo 117.3 de la Constitución, los tribunales contencioso-administrativos, específicamente citados en ese mismo precepto constitucional, no

constituyen ningún caso aparte (58). La diferencia estriba, pues, en la especificidad propia de cada procedimiento jurisdiccional.

En efecto, la jurisdicción contencioso-administrativa y la jurisdicción laboral se conciben desde un principio de especificidad, es decir, por contraste con el orden civil que es un orden residual, que recoge, aparte de sus materias específicas, todas las no recogidas por los demás (59). Y esta especificidad lo es tanto material, esto es, en cuanto al ámbito de materias que cada una de ellas tiene atribuido (60), como procesal, es decir, respecto a las peculiaridades propias de cada clase de proceso.

Desde el punto de vista de la especificidad material, se ha señalado por la doctrina que la canalización de los conflictos colectivos que atañen a los funcionarios públicos, a través de la jurisdicción contencioso-administrativa, comporta una garantía real de menor alcance que la ofrecida para esta clase de controversias por el orden jurisdiccional social, aminoración de la efectiva y real garantía judicial que queda de manifiesto en la falta de tradición tutelar de la jurisdicción contencioso-administrativa con relación a los derechos colectivos de los funcionarios (61). Pues

bien, nosotros consideramos que esta afirmación es también plenamente aplicable en relación con los conflictos individuales de los funcionarios públicos con la Administración Pública, en cuanto trabajadores que son de las mismas, y ello porque entendemos que el proceso laboral es una institución judicial destinada al conocimiento y resolución de los conflictos de trabajo (62), tanto individuales como colectivos (63), por lo que, en consecuencia, es el adecuado para la resolución de toda clase de conflictos, de naturaleza laboral, que surjan entre un trabajador público funcionario y una Administración Pública empleadora.

Desde la óptica de la especificidad procesal, el proceso laboral es un proceso civil especializado en atención a las peculiares necesidades que se plantean respecto a su tramitación y decisión, siendo principios específicos del mismo, entre otros, la celeridad y la oralidad (64), lo que garantiza una agilidad y una rapidez en la solución de los conflictos, de los que carece el procedimiento contencioso-administrativo, con mayor rigidez procesal y fundamentalmente escrito, pues hay que tener en cuenta que la estructura y finalidad del mismo reposan, básicamente, en la revisión de los actos administrativos, lo que difícilmente se puede compaginar con el tratamiento procesal de los conflictos de trabajo

por la jurisdicción social (65).

A las características negativas del procedimiento contencioso-administrativo para resolver los conflictos laborales, antes señalados, hay que añadir la consabida "carga de trabajo que pesa sobre los tribunales", coletilla pseudo "jurídico-procesal" tan usada por los tribunales para justificar los retrasos en los plazos para dictar sentencia, retrasos que, en el procedimiento contencioso-administrativo, pueden ser de años, circunstancia ésta que, en la práctica puede hacer inviable, o, al menos, vulnerar gravemente, la efectiva tutela judicial consagrada en el artículo 24 de la Constitución, siendo, desde luego, decisiva para desanimar a más de un trabajador público funcionario, posible perjudicado en sus condiciones de trabajo por alguna actuación de su empleador, la Administración Pública, a defenderse judicialmente de la agresión administrativa.

Evidentemente, los ejecutores de las decisiones de la Administración Pública empleadora son conocedores de estas deficiencias jurídicas y prácticas, señaladas anteriormente, del procedimiento contencioso-administrativo para resolver los conflictos laborales de los trabajadores públicos funcionarios, así como de que

dichas deficiencias jurídico-prácticas producen un efecto disuasorio importante en el funcionario a la hora de recurrir alguna actuación administrativa que le perjudique laboralmente, hasta el punto de que, salvo que el funcionario tenga poco o nada que perder y mucho que ganar, raramente recurrirá judicialmente. Por ello, frecuentemente se aprovechan de estas circunstancias y actúan conscientemente de manera ilegal, a sabiendas de que o bien el trabajador público funcionario no recurre, o, si lo hace, habrá transcurrido tanto tiempo cuando la Sala de lo contencioso-administrativo resuelva que, presumiblemente, ellos ya no ostentarán el cargo por el que actuaron de esa forma, o, en el mejor de los casos, será imposible llevar a cabo lo ordenado por la Sala, debido a los continuos cambios estructurales en esa Administración Pública, que impiden cumplir la sentencia en sus propios términos (66). A ello nos referíamos antes al señalar la posible vulneración de la tutela judicial efectiva, contenida en el artículo 24 de la Constitución.

Obviamente, esta frecuente actuación de la Administración Pública empleadora, respecto a sus trabajadores públicos funcionarios, supone un desprecio al ordenamiento jurídico y a los propios trabajadores, y quiebra la "presunción de legalidad" de que gozan los actos administrativos (67), presunción que, en el plano

real, dista de estar normalmente justificada (68), como acabamos de observar. En consecuencia, consideramos que la Administración Pública empleadora, al actuar de esta forma, consciente y reiteradamente, está realizando un fraude de ley, puesto que la garantía jurídica de tutela judicial efectiva, que el procedimiento judicial significa, es utilizada por la Administración Pública, aprovechando las propias características procesales del procedimiento contencioso-administrativo, deficientes para la solución de los conflictos laborales, en perjuicio del trabajador público funcionario.

Indiscutiblemente, contribuye a mantener esta situación descrita en los párrafos anteriores, además de las deficiencias jurídicas y prácticas ya señaladas del procedimiento contencioso-administrativo, la falta de exigencia de las responsabilidades civiles y penales en que, con motivo de la referida actuación de la Administración Pública empleadora, puedan incurrir los ejecutores de dichas decisiones administrativas, responsabilidades que, si bien están afirmadas en los textos legales, resultan escasamente operativas, tanto por la resistencia de los jueces civiles y penales a conocer las cuestiones administrativas (69), como por la dejación que hacen los propios funcionarios afectados, -quizás por desconocimiento o por temor, con frecuencia

fundado, a las posibles represalias-, de su derecho a exigir las, así como del Ministerio Fiscal de su obligación de perseguir estos ilícitos penales, a pesar de que bastantes de ellos son públicos y notorios.

Con frecuencia se olvida, pues, que el acto administrativo y la norma emanan de personas físicas, por lo que revisar exclusivamente los actos administrativos y las normas, que es el objeto del procedimiento contencioso-administrativo, y olvidar a las personas que son sus autores, puede resultar tan absurdo como los antiguos procesos para ajusticiar a las cosas y a los animales (70).

En definitiva, por todas estas razones que acabamos de exponer, consideramos que la jurisdicción laboral al ser, como ha afirmado el Tribunal Supremo, "una jurisdicción especializada en razón de su carácter tuitivo del trabajador" (71), es la más adecuada para conocer de los conflictos laborales, tanto los individuales como los colectivos, de todos los trabajadores por cuenta ajena, ya sean públicos -funcionarios o contratados laboralmente-, ya privados, con independencia de que los mismos puedan ejercitar aquellas acciones civiles o penales que refuerzan la defensa de sus derechos laborales y profesionales. Por

ello, entendemos que excluir de la tutela judicial de este orden jurisdiccional, específico y especializado, a los trabajadores públicos con vínculo jurídico administrativo-funcionarial significa discriminarlos negativamente, esto es, perjudicándolos, respecto al otro colectivo de trabajadores públicos que tienen un vínculo jurídico-laboral.

3.6.- Otras desigualdades de tratamiento jurídico.

Hasta ahora hemos analizado detenidamente algunas de las desigualdades de tratamiento jurídico más notables existentes en el empleo público de nuestro país, en lo que respecta a la relación jurídico-individual de trabajo, por razón del vínculo jurídico-positivo que une a los trabajadores públicos con su empleador, la Administración Pública.

Pero las desigualdades jurídicas estudiadas no agotan, ni mucho menos, las discriminaciones laborales que se dan en estas relaciones jurídico-individuales de trabajo que se desarrollan en el ámbito de las Administraciones Públicas, discriminaciones que, inevitablemente, perjudicarán siempre a alguno de los dos

colectivos de trabajadores públicos.

Indudablemente, existen otras diferencias jurídico-positivas, quizás de menor alcance, en cuanto a los efectos jurídicos que de las mismas se derivan, pero que no, por ello, dejan de estar vedadas por nuestra Constitución. Veamos a continuación, a título meramente indicativo y sin ánimo de ser exhaustivo, algunas de éstas:

3.6.1.- Toma de posesión.

De acuerdo con el artículo 30.1 del Real Decreto 2223/1984, de 19 de diciembre, que aprueba el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración del Estado, al trabajador público con vínculo jurídico-laboral no se le exige ningún requisito posterior a la formalización del contrato de trabajo que retrase la efectividad del disfrute de los derechos que lleva aparejado el empleo público, y, así, basta simplemente con la formalización del referido contrato para el comienzo del devengo de los derechos económicos, según se desprende del artículo 30 del Estatuto de los Trabajadores (72).

Sin embargo, al trabajador público funcionario se le exige el requisito de toma de posesión, que debe tener lugar en el plazo de un mes, a contar de la notificación del nombramiento. Este requisito es imprescindible, pues hasta que no se cumplimenta y no se procede a su diligenciamiento, el trabajador público con vínculo jurídico administrativo-funcionarial no adquiere la condición de funcionario de carrera, a tenor de lo establecido en el artículo 36.d) de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, de 7 de febrero de 1964 (73).

3.6.2.- Periodo de prueba.

El trabajador público con vínculo jurídico-laboral tendrá que superar el período de prueba establecido en la convocatoria, según dispone el artículo 30.2 del Real Decreto 2223/1984, de 19 de diciembre, o, en su defecto, podrá concertarse el que establece el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, de duración diversa, según sea la categoría profesional del trabajador.

Por el contrario, para el trabajador público

funcionario no está establecido legalmente el referido período de prueba, antes de adquirir la condición de funcionario de carrera, no pudiéndose equiparar al mismo el período de prácticas o curso selectivo que pueda establecerse en algunas convocatorias, de acuerdo con lo previsto en el artículo 22 del citado Real Decreto 2223/84, de 19 de diciembre, pues en dicha situación el funcionario en prácticas o que realiza el curso selectivo recibe una formación y se somete a unos controles cuya superación dará paso a su nombramiento automático como funcionario de carrera (74).

3.6.3.-Jornada.

Para los trabajadores con contrato laboral la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo, según establece el artículo 34.2 del Estatuto de los Trabajadores de 10 de marzo de 1980, redactado conforme a lo dispuesto en el artículo primero de la Ley 4/1983, de 29 de junio, que fija la jornada máxima legal y las vacaciones anuales mínimas.

Esta jornada máxima legal de trabajo podrá ser inferior si así se pacta en la negociación colectiva o,

individualmente, en los contratos de trabajo, a tenor de lo prevenido en el artículo 34.1 del Estatuto de los Trabajadores, pues, obviamente, mediante el pacto no podrá aumentarse nunca la jornada fijada en el párrafo segundo del mismo precepto, que, al tener la consideración de máxima, es de obligado cumplimiento.

Para el trabajador público funcionario la jornada semanal de trabajo es, sin embargo, de treinta y siete horas treinta minutos, en virtud de lo establecido por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de enero de 1983, desarrollado por la Instrucción de la Secretaría de Estado para la Administración Pública de 21 de diciembre del mismo año, por la que se dictan normas sobre jornada y horario de trabajo, licencias y vacaciones del personal, y cuyo punto octavo excluye expresamente al personal que presta sus servicios en régimen laboral, que se regirá por las normas contenidas en los convenios colectivos y demás normas que les sean de aplicación, esto es, las señaladas anteriormente.

Sin embargo, este mismo punto octavo de la citada Instrucción de 21 de diciembre de 1983 recomienda que, no obstante la excepción señalada, la Administración Pública "tenderá al establecimiento de condiciones de trabajo homogéneas en todo su ámbito laboral, así como a su

asimilación y progresiva igualación a las normas que rigen para los funcionarios públicos en las materias objeto de las presentes normas", lo que demuestra, una vez más, que la propia Administración Pública, que ha dictado la referida Instrucción, es consciente de las desigualdades existentes entre los dos colectivos de trabajadores públicos.

3.6.4.- Promoción profesional.

El trabajador público contratado laboralmente, que realice funciones de categoría superior a las que correspondan a la categoría profesional que tuviese reconocida, por un período superior a seis meses durante un año u ocho meses durante dos años, tiene derecho a adquirir la categoría superior (artículo 23, párrafos 1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores), así como a percibir, en todo caso, la retribución que tenga asignada el puesto cuya función realice efectivamente (artículo 23.3 del Estatuto de los Trabajadores), y, si por necesidades perentorias e imprevisibles, tuviera que realizar tareas correspondientes a una categoría profesional inferior a la suya, mantendrá la retribución y demás derechos derivados de su categoría profesional (artículo 23.4 del Estatuto de los Trabajadores).

Por el contrario, el trabajador público funcionario no consolidará el nivel superior del puesto de trabajo que desempeñe efectivamente (grado personal) hasta transcurridos dos años continuados o tres con interrupción, a tenor de lo previsto en el artículo 21.1.d) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública. Por otro lado, el funcionario público, una vez consolidado el nivel de su grado personal, puede ser nombrado para puestos de trabajo de nivel distinto, incluso inferior, al que corresponda a dicho grado personal, en cuyo caso sólo tiene garantizado el complemento de destino de los puestos del nivel correspondiente a su grado personal, pero no los restantes complementos retributivos asignados a los puestos de trabajo de dicho nivel, según establece el artículo 21.2.a) de la citada Ley 30/1984, de 2 de agosto, en su nueva redacción conforme a la Ley 23/1988, de 28 de julio, de Modificación de la Ley de Medidas para la reforma de la Función Pública. De ello se deduce que un funcionario público puede ser nombrado para un puesto de trabajo de nivel inferior al de su grado personal consolidado y, excepto el complemento de destino, que será el que corresponda al del nivel de su grado personal, percibirá, al contrario de lo que le sucede al personal contratado laboralmente, los restantes

complementos del puesto de trabajo inferior, para el que ha sido nombrado (75).

3.6.5.- Ascensos.

El trabajador público contratado laboralmente podrá ascender de categoría profesional, por motivo de vacante, sólo teniéndose en cuenta la formación, méritos y antigüedad del mismo, sin perjuicio de lo que pueda pactarse en convenio colectivo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 24.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Por el contrario, el trabajador público funcionario que quiera ascender de categoría o grupo profesional tendrá que reunir todos los requisitos y, además, superar las pruebas que para cada caso establezca el Ministerio para las Administraciones Públicas o el órgano competente de las demás Administraciones Públicas, según establece el artículo ..2.1 de la Ley 30/ 1984, de 2 de agosto.

3.6.6.- Cursos de formación y perfeccionamiento.

El Instituto Nacional de Administración Pública realizará cursos de formación y perfeccionamiento para los funcionarios públicos de la Administración del Estado, según dispone el artículo 19.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, no estando previsto que dicho Organismo público imparta cursos del mismo contenido y con idéntica finalidad para los trabajadores de las Administraciones Públicas con vínculo jurídico-laboral.

3.6.7.- Excedencia.

3.6.7.1.- Excedencia voluntaria.

Para tener derecho a la excedencia voluntaria por interés particular el trabajador público contratado laboralmente deberá tener, al menos, un año de antigüedad, y podrá permanecer en dicha situación un mínimo de dos años y un máximo de cinco, según establece el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores, mientras que el trabajador público funcionario deberá haber prestado tres años de servicio efectivo, desde que accedió al Cuerpo o Escala, para poder solicitarla y no

podrá permanecer en dicha situación menos de dos años ni más de diez, de acuerdo con lo establecido en el artículo 29.3.c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, así como la norma que desarrolla este precepto, el Real Decreto 730/1986, de 11 de abril, en su artículo 19.

3.6.7.2.- Excedencia forzosa.

La excedencia forzosa de los trabajadores públicos con contrato laboral sólo les da derecho a la conservación del puesto de trabajo y al cómputo de la antigüedad del tiempo de su vigencia, y el motivo de la misma es la designación o elección para un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Sin embargo, los trabajadores públicos funcionarios excedentes forzosos tendrán derecho a la percepción del sueldo, trienios, pagas extraordinarias y ayuda familiar, así como al cómputo del tiempo que permanezcan en la referida situación a efectos pasivos y de trienios, a tenor de lo previsto en el artículo 16 del citado Real Decreto 730/1986, de 11 de abril. Asimismo son diferentes los motivos o causas que producen la situación de excedencia forzosa en el funcionario público

que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 del reiterado Real Decreto 730/1986, de 11 de abril, son las siguientes: por reducción de puestos de trabajo que suponga el cese obligado en el servicio activo de los funcionarios afectados; cuando, una vez solicitado el reingreso, tras haber cumplido el período de suspensión firme por el tiempo que se le hubiere impuesto, no fuera posible concedérselo por falta de puesto vacante con dotación presupuestaria; y, finalmente, cuando, una vez concluido el período de excedencia voluntaria, concedida para atender el cuidado de un hijo, el funcionario solicite el reingreso y no lo pueda obtener por falta de puesto vacante con dotación presupuestaria.

3.6.8.- Pensiones.

La base reguladora de las pensiones de jubilación, viudedad, orfandad y en favor de los padres o del que de ellos viviere, estará constituida por la remuneración total, cualquiera que sea la forma o denominación, que tenga derecho a percibir el trabajador público contratado laboralmente, o la que efectivamente perciba, de ser esta última superior, según establece el artículo 73 de la Ley General de la Seguridad Social, de

30 de mayo de 1974.

Por el contrario, la base reguladora de las pensiones citadas, correspondientes al trabajador público funcionario, de acuerdo con la Ley de Derechos Pasivos, texto refundido aprobado por el Decreto 1120/1966, de 21 de abril, parcialmente modificado por el Real Decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril, no incluye todos los conceptos retributivos, sino sólo los correspondientes a sueldo, trienios y pagas extraordinarias (artículo 25.1), con exclusión de los demás complementos retributivos que, en muchos casos, constituyen la parte más sustancial de la retribución de muchos funcionarios públicos (76).

4.- Consideraciones finales.

Vamos a hacer, en primer lugar, un resumen crítico del contenido de este capítulo, en el que hemos querido subrayar las desigualdades de tratamiento jurídico existentes en las relaciones individuales de trabajo que se desarrollan en el ámbito de las

Administraciones Públicas, sin fundamento objetivo y razonable que las justifiquen, desigualdades que subsisten en nuestro ordenamiento jurídico positivo, a pesar de que la norma máxima del mismo, la Constitución, las prohíbe imperativamente, de manera clara y rotunda, con carácter general para todos los trabajadores que conforman el sistema español de relaciones laborales (artículo 35 en relación con el 14), del que, ineludiblemente, forman parte los trabajadores de las Administraciones Públicas, tanto los que se encuentran ligados a ellas por un vínculo jurídico-positivo administrativo-funcionarial, como aquellos que lo están mediante un vínculo jurídico-positivo laboral. Desigualdades, injustificadas e irrazonables, que, además, se encuentran vedadas específicamente para estos trabajadores públicos, sin distinción por razón del vínculo jurídico-positivo de cada uno de ellos, por el artículo 23.2 de la Ley Fundamental.

A continuación, expondremos aquellos criterios, básicos y elementales, que, a nuestro juicio, el legislador ordinario ha de tener en consideración para que esta igualdad de tratamiento jurídico, consagrada y garantizada constitucionalmente, sea una realidad palpable en las relaciones jurídico-individuales de trabajo que se desarrollan en el ámbito de las

Administraciones Públicas, para que esta igualdad jurídica sea un factor de unidad, en vez de separación, de todos los trabajadores públicos, funcionarios y contratados laboralmente.

4.1.- Resumen crítico.

Hemos analizado en el presente capítulo la relación jurídico-individual de trabajo de las personas que prestan sus servicios profesionales en las Administraciones Públicas, desde la óptica de la igualdad constitucional.

La igualdad, valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 19.1 de la Constitución) y derecho subjetivo de todos los españoles (artículo 14) y, consecuentemente, de todos los trabajadores que conforman el sistema español de relaciones laborales (artículo 35 en relación con el 14), es reforzada específicamente por nuestra Norma Fundamental, en su artículo 23.2, para todos los trabajadores públicos, con independencia de sus respectivos vínculos jurídico-positivos, en atención a las importantes y básicas funciones, especiales y específicas, que tiene asignada la Administración Pública en el nuevo Estado social y democrático de derecho, que

surge de la Constitución de 1978 (artículo 103), funciones que son llevadas a cabo por estos trabajadores públicos.

Sin embargo, observamos que en las Administraciones Públicas, para realizar esta fundamental función servicial a la sociedad, coexisten dos clases distintas, jurídicamente, de trabajadores, dos colectivos de trabajadores públicos jurídicamente diferenciados: los funcionarios públicos y los trabajadores vinculados a esas Administraciones Públicas por un contrato laboral. Dos colectivos de trabajadores que realizan las mismas funciones públicas y que trabajan para el mismo empleador, una Administración Pública. Dos colectivos de trabajadores ligados, no obstante, a esa Administración Pública por un vínculo jurídico-positivo diferente cada uno, administrativo los funcionarios y laboral los vinculados por un contrato de trabajo, y que se rigen, consecuentemente, por normativas jurídico-positivas igualmente distintas, lo que tiene que producir, necesariamente, efectos jurídicos también diversos y, por ello, discriminaciones jurídicas, en las relaciones jurídico-individuales de trabajo de cada uno de ellos con el común empleador, la Administración Pública.

En definitiva, observamos que la igualdad

proclamada en el artículo 23.2 de la Constitución, como realidad jurídica concretizada del valor superior propugnado en el artículo 19.1, y como expresión reforzada del derecho subjetivo contenido en el artículo 14, para el ámbito de la Función Pública, quiebra en estas relaciones jurídico-individuales de trabajo que se desarrollan con las Administraciones Públicas, puesto que estos dos colectivos de trabajadores públicos no tienen un tratamiento jurídico idéntico, a pesar de que las circunstancias de hecho de ambos sí son idénticas, y sin que exista un fundamento objetivo y razonable que justifique este diferente tratamiento jurídico. Quiebra de la igualdad jurídica que se pone aún más de manifiesto al analizar, como hemos hecho, aspectos concretos básicos de estas dos relaciones jurídico-individuales de trabajo público, de forma paralela en las dos normativas positivas que las regulan, la administrativa y la laboral.

No hemos pretendido realizar un estudio exhaustivo de las discriminaciones jurídico-positivas que permanecen en la regulación de las relaciones jurídico-individuales de estos dos colectivos de trabajadores públicos, empeño éste bastante difícil de llevar a cabo, al ser dos cuerpos normativos diferentes y complejos los que regulan las respectivas relaciones de

trabajo de uno y otro colectivo laboral, empeño que, por otro lado, no es nuestro propósito en el presente trabajo. Nos conformamos, pues, con que quede subrayado, como decíamos antes, de manera patente la existencia en nuestro ordenamiento jurídico positivo de tales discriminaciones legales, -y este objetivo sí creemos haberlo conseguido, pues, difícilmente, se nos podrá rebatir la existencia de esta irritante realidad objetiva en nuestra Función Pública-, y de esta manera, intentar llamar la atención de los poderes públicos para que esas discriminaciones jurídico-positivas desaparezcan definitivamente de la normativa que regula el empleo público en nuestro país.

4.2.- De lege ferenda.

¿Qué se puede hacer para terminar con estas discriminaciones jurídico-positivas de los trabajadores de las Administraciones Públicas, que subsisten en nuestro ordenamiento jurídico posconstitucional, a pesar de que las mismas están expresa y contundentemente vedadas por la Norma Fundamental? ¿Qué deben hacer nuestros legisladores, nuestros legítimos representantes en las Cortes Generales, democráticamente elegidos, para

conseguir una Función Pública verdaderamente democrática y moderna, en la que la igualdad jurídica no sea sólo un hermoso recurso retórico, sino una realidad tangible?

Obviamente, son nuestros legisladores los que tienen en sus manos la facultad de hacer posible el "desideratum" expresado en el párrafo anterior, modificando el actual ordenamiento jurídico en aquellos aspectos del mismo que no sean acordes con la propia Constitución, puesto que ellos son los que, constitucionalmente, tienen asignado el ejercicio de la potestad legislativa, de acuerdo con el artículo 66.2 de la Norma Fundamental, y ello sin olvidar, obviamente, la facultad de iniciativa legislativa que nuestra Constitución otorga, además, al Gobierno (artículo 87.1), si bien, serán las Cortes Generales las que, en todo caso, tendrán que aprobar esos proyectos de ley propuestos por el Ejecutivo (artículos 88 y 89).

Pero ¿y si los legisladores, por el motivo que fuere, no ejercieren esta primordial y básica función, que tienen encomendada, en todo el ámbito de nuestro ordenamiento jurídico y dejasen parcelas del mismo, como ésta que estamos estudiando en el presente trabajo, el empleo público, sin acomodar plenamente a la Constitución? En este supuesto, la misma Norma

Fundamental tiene previstos los mecanismos de defensa propia: el Tribunal Constitucional, regulado en el título IX de la Ley Máxima, que, "como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución..." (77).

En otros términos, el Tribunal Constitucional es el órgano encargado, en la hipótesis planteada, de refrescar la memoria de los olvidadizos o despitados legisladores que, a veces, en aras, fundamentalmente, del interés político del partido al que pertenecen, se olvidan de defender el interés general del pueblo al que representan, y, así, el Alto Tribunal, mediante cualquiera de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad legalmente instituidos (78), "garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las leyes, disposiciones o actos impugnados" (79).

Entendemos, pues, que no hay más camino democrático que éste que propugnamos: la modificación de las normas positivas que regulan estas relaciones jurídicas de trabajo con las Administraciones Públicas, para acomodarlas plenamente a la letra y, lo que para nosotros es más importante, al espíritu igualitario que

desborda nuestra Constitución, por quienes legitima y constitucionalmente pueden y, en este caso, deben hacerlo, por quienes tienen atribuida por la Ley Fundamental la potestad de legislar y, consecuentemente, el deber de vigilar para que el ordenamiento jurídico sea absolutamente acorde con la Norma Máxima del mismo, es decir, que el ordenamiento jurídico se adapte totalmente a la realidad jurídica contenida en la Constitución.

Y hemos observado que la normativa positiva que regula las relaciones de trabajo con las Administraciones Públicas, al ser diversa y producir efectos jurídicos, asimismo, diversos, conculca la igualdad de tratamiento jurídico que nuestra Constitución consagra y garantiza como derecho fundamental de todos los trabajadores. Por ello, esta normativa debe modificarse para que pueda predicarse de la misma su constitucionalidad. Las pautas de este cambio normativo vienen establecidas imperativamente por la misma Constitución: el artículo 35, que garantiza "el deber de trabajar y el derecho al trabajo..." de todos los españoles, pues, como hemos sostenido en otro lugar, al no establecer la Norma Fundamental dos clases distintas de "deber de trabajar", ni de "derecho al trabajo", una para los trabajadores con vínculo jurídico-positivo administrativo-funcionarial y otra para los trabajadores con vínculo jurídico-positivo

laboral, sino una sola para "todos los españoles" (artículo 35 de la Constitución), hay que concluir, necesariamente, que ese "deber de trabajar" y ese "derecho al trabajo" es único e idéntico para todos los trabajadores españoles, incluidos, obviamente, los de las Administraciones Públicas que actualmente se rigen por el Derecho Administrativo. por lo que la normativa positiva, básica y mínima, que regule ese, constitucionalmente, único derecho al trabajo ha de ser también idéntica para todos los trabajadores, privados y públicos, y ésta no puede ser otra que el estatuto de los trabajadores previsto en el artículo 35.2 de la Constitución (80), pues en un Estado social y democrático de derecho el trabajo de los funcionarios públicos, a la postre trabajadores al servicio de la Administración Pública, ha de estar influido, y no por concesión administrativa sino por exigencia constitucional, por los mismos principios y valores constitucionales que inspiran al trabajo sometido al régimen laboral privado (81).

En otros términos, hay que "laboralizar", -y no debemos tener miedo ni a este concepto, ni a manifestarlo así de claro- la relación jurídica individual de servicio de aquellos trabajadores de las Administraciones Públicas que actualmente se rigen por la normativa administrativa y, de esta forma, igualar normativamente las condiciones

de trabajo, mínimas y básicas, de estos trabajadores públicos a las de los demás trabajadores de las propias Administraciones Públicas que se rigen ya por la normativa laboral y que desempeñan idénticas funciones públicas que los primeros, así como igualar, a su vez, las condiciones laborales, mínimas y básicas, de todos estos trabajadores públicos, conjuntamente considerados como un todo homogéneo dentro del sistema español de relaciones laborales, a las de los restantes trabajadores del sector privado, pues los meros criterios formales no pueden servir para justificar diferencias radicales de tratamiento jurídico, no razonables ni proporcionadas, en situaciones materiales iguales (82).

Se hace, pues, necesario insistir, con la doctrina iuslaboralista, en la conveniencia de abandonar definitivamente el perjuicio antilaboralista y de comprender que el Derecho del Trabajo ofrece, hoy por hoy, una batería de instrumentos jurídicos, de carácter individual, colectivo y jurisdiccional, dotados de flexibilidad, que una Administración Pública a las puertas del siglo XXI no debería menospreciar (83).

En definitiva, hay que aplicar a las relaciones jurídico-individuales de trabajo con las Administraciones Públicas idénticos criterios técnico-jurídicos a los ya

adoptados por nuestros legisladores para la regulación de esas mismas relaciones laborales públicas en el plano colectivo, y, consecuentemente, hay que "unificar sistemáticamente los precedentes y posibilitar un desarrollo progresivo y progresista del contenido esencial del derecho..." al trabajo "reconocido en la Constitución, dando un tratamiento unificado en un texto legal único, que incluya..." las condiciones laborales mínimas y básicas del derecho al trabajo de los funcionarios públicos (84), puesto que son tan trabajadores por cuenta ajena como los demás trabajadores con vínculo jurídico-positivo laboral, públicos y privados, que conforman el sistema español de relaciones laborales.

Hay que considerar, pues, legalmente, trabajadores, en lo que respecta a su relación jurídico-individual de trabajo, tanto a "aquellos que sean sujetos de una relación laboral como a aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones Públicas" (85), y, consecuentemente, garantizar unos derechos laborales, mínimos y básicos, iguales para todos ellos, y, partiendo de estos mínimos y básicos derechos iguales de todos los trabajadores por cuenta ajena, privados y públicos, regular, al igual de lo que ya ocurre en las

relaciones jurídico-laborales privadas, las peculiaridades específicas de estos trabajadores públicos, a través de la vía, hoy generalizada en el sector privado, de la negociación colectiva, como hemos propugnado en otro lugar.

Es ésta, por más vueltas que quiera dársele a este tema, la única forma de conseguir que en las relaciones jurídico-individuales de trabajo que se desarrollan en el ámbito de las Administraciones Públicas se cumpla de verdad el mandato constitucional de igualdad de tratamiento jurídico para todos los trabajadores que conforman el sistema español de relaciones laborales, privados y públicos, sin distinción alguna por razón del vínculo jurídico-positivo que los une a sus empleadores.

Y es éste, también el apasionante reto que aguarda a los poderes públicos que, constitucionalmente, tienen la facultad y la obligación de hacer que la Norma Fundamental impere de verdad en todos los sectores de la sociedad española, así como de "promover las condiciones para que la... igualdad del individuo y de los grupos en que se integra" sea real y efectiva, y de "remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud..." (86).

NOTAS

- (1) DEL REY GUANTER, Libertad sindical y funcionarios públicos, en Comentarios a la Ley de Libertad sindical, VV.AA., (Coordinador RODRIGUEZ-PIÑERO), Madrid, 1986, pg. 81.
- (2) LEVI-SANDRI, Statuto dei lavoratori... cit., pg. 318.
- (3) ROEHRSEN, Lo statuto dei lavoratori... cit., pg. 458.
- (4) OJEDA AVILES, El empleo temporal... cit., pg. 500.
- (5) SALA FRANCO, la libertad sindical... cit., pgs. 101 y ss.
- (6) Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad sindical, Exposición de motivos; vid., también, su artículo 12.2.

(7) Ley orgánica 11/1985... cit., Exposición de motivos.

(8) DEL REY GUANTER, Estado, sindicatos y relaciones colectivas en la Función Pública, Madrid, 1986, pg. 94.

(9) Artículo 35 de la Constitución de 1978.

(10) DEL REY GUANTER, Estado, sindicatos... cit., pg. 24.

(11) PERLINI, Contrattazione collettiva e parastato... cit., pgs. 69 y 70.

(12) Sobre el concepto y caracteres del "interés público", vid. DE LA MORENA, Derecho Administrativo e interés público: correlaciones básicas, en Revista de Administración Pública números 100-102., Volumen I (1983), pgs. 863 y ss.

(13) BAENA DEL ALCAZAR, Curso... cit., pg. 196.

(14) BAENA DEL ALCAZAR, Curso... cit., pg. 198.

(15) Sobre la imparcialidad del empleado público, vid. ORTEGA, Los derechos sindicales... cit., pg. 46.

(16) EMBID IRUJO, La fidelidad de los funcionarios a la Constitución, Madrid, 1987, pg. 153.

(17) BAENA DEL ALCAZAR, op. cit., pg. 199.

(18) Vid., en este sentido, ORTEGA, op. cit., pg. 45.

(19) Vid. BAENA DEL ALCAZAR, op. cit., pgs. 196 y ss.

(20) BAENA DEL ALCAZAR, op. cit., pg. 399.

(21) BAENA DEL ALCAZAR, op. cit., pgs. 399 y 400.

(22) Sentencia Tribunal Constitucional de 3 de agosto de 1983.

(23) Sentencia Tribunal Constitucional de 10 de febrero de 1988.

(24) BAENA DEL ALCAZAR, op. cit., pgs. 285 y 441.

(25) BAENA DEL ALCAZAR. op. cit., pgs. 445 y ss.; vid., también, LOPEZ GANDIA, Las relaciones colectivas en el empleo público... cit., pg. 397.

(26) Vid. DE FELICE, L'assunzione senza concorso... cit., pg. 602.

(27) ROEHRSEN, op. cit., pg. 458.

(28) En este sentido lo considera BAENA DEL ALCAZAR, op. cit., pgs. 445 y 446.

(29) Sentencia Tribunal Constitucional de 3 de agosto de 1983.

(30) Vid. RIVERO, J. y SAVATIER, J., Droit du Travail, París, 1975, pg. 76; vid., en el mismo sentido, muy recientemente, RODRIGUEZ-PIÑERO, Trabajo privado y trabajo público, en Relaciones Laborales nº 6 (1989), pg. 5.

(31) MONTOYA MELGAR, La responsabilidad de las Administraciones Públicas por incumplimiento de la legislación laboral, en Relaciones Laborales nº 17 (1987), pg. 9.

(32) MONTOYA MELGAR, La responsabilidad... cit.,
pg. 9.

(33) Vid., en este sentido, CAMARA DEL PORTILLO,
La Función Pública ante el Tribunal Constitucional: una
oportunidad perdida, en Revista española de Derecho
Administrativo nº 56 (1987), pg. 104.

(34) OJEDA AVILES, El empleo temporal... cit.,
pg. 500.

(35) Sobre la Función Pública española en los
siglos XVIII y XIX, vid. NIETO, La burocracia, I, El
pensamiento burocrático, Madrid, 1976, pgs. 193 y ss.

(36) ORTEGA, op. cit. pg. 45.

(37) En el mismo sentido, ORTEGA, op. cit. pg.
45.

(38) Según la nueva redacción establecida por la
Ley 23/1988, de 28 de julio, de Modificación de la Ley de
Medidas para la reforma de la Función Pública.

(39) Disposición adicionada en virtud de lo

dispuesto en la Ley 23/1988, de 28 de julio, citada en nota anterior.

(40) Las garantías jurídicas que estamos analizando son exclusivamente las referentes a la vía administrativa. En ningún caso ponemos en duda que las garantías jurídicas en la vía jurisdiccional sean las mismas para ambos colectivos de trabajadores públicos, si bien a través de diferentes procedimientos, el contencioso-administrativo para los funcionarios y el laboral para los contratados laborales.

(41) EMBID IRUJO, op. cit., pg. 183; vid., también, PARADA VAZQUEZ, Derecho Administrativo... cit., pgs. 366 y ss.

(42) Artículo 105 de la Ley de Procedimiento Laboral, de 13 de junio de 1980.

(43) Vid. artículo 105 de la Ley de Procedimiento Laboral, citada.

(44) Derecho fundamental, consagrado en el artículo 24 de nuestra Constitución. Viene, además, recogido en el artículo 58.2 del Estatuto de los Trabajadores.

(45) Véase, por ejemplo, el capítulo X del vigente Convenio Colectivo del personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía. (Boletín Oficial de la Junta de Andalucía nº 52, de 5 de julio de 1988).

(46) Así, en ningún caso se podrá establecer en un convenio colectivo que la competencia para despedir disciplinariamente a un trabajador público con vínculo jurídico-laboral la tenga el Consejo de Ministros, al igual que sucede con los funcionarios públicos.

(47) El artículo 133 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece que "no podrá imponerse una sanción administrativa sino en virtud del procedimiento regulado en el presente capítulo...".

(48) Sentencia Tribunal Constitucional de 8 de junio de 1981.

(49) Vid. EMBID IRUJO, op. cit., pg. 183.

(50) Sentencia Tribunal Constitucional de 2 de julio de 1981.

(51) Sentencia Tribunal Constitucional de 2 de

julio de 1981.

(52) Sentencia Tribunal Constitucional de 2 de julio de 1981.

(53) PEREZ DE LOS COBOS, op. cit., pg. 29.

(54) Vid. PEREZ DE LOS COBOS, op. cit., pgs. 31 y ss.

(55) Sentencia Tribunal Constitucional de 29 de julio de 1986.

(56) Vid. PEREZ DE LOS COBOS, op. cit., pg. 34.

(57) PEREZ PEREZ, Derecho del trabajo y nuevos sistemas tecnológicos, en Relaciones Laborales nº 20 (1988), pg. 25.

(58) GARCIA DE ENTERRIA y T.R. FERNANDEZ, op. cit., pg. 446.

(59) CONDE MARTIN DE HIJAS, La jurisdicción social y la jurisdicción contencioso-administrativa: concurrencia y conflictos, en Relaciones Laborales nº 4 (1989), pg. 13.

(60) Vid. el artículo 9, párrafos 4º y 5º, de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

(61) MARTINEZ ABASCAL, El planteamiento jurisdiccional de los conflictos colectivos en la Función Pública, en Relaciones Laborales nº 2 (1988), pg. 55.

(62) MONTOYA MELGAR, Derecho del Trabajo, Madrid, 1978, pg. 575.

(63) Artículo 9.5 de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, citada.

(64) Vid. MONTOYA MELGAR, Derecho del Trabajo, cit., pgs. 576 y ss.

(65) MARTINEZ ABASCAL, op. cit., pg. 56.

(66) Piénsese, por ejemplo, en una reclamación de un funcionario que ha sido preterido para el nombramiento de un puesto de trabajo, adjudicado a otro que, o tenía menos derechos que él, o no reunía los requisitos legales preceptivos para ello. Pues bien, cuando la Sala de lo contencioso-administrativo correspondiente resuelva, presumiblemente dándole la razón, a los tres o cuatro

años, como mínimo, es muy posible que ese mismo puesto de trabajo ya no exista, porque se ha modificado el organigrama y la relación de puestos de trabajo de ese Organismo público. Esto, evidentemente, no sucede en un procedimiento laboral, que se resuelve muchísimo más rápidamente.

(67) Vid. GARCIA DE ENTERRIA y T.R. FERNANDEZ, op. cit. pgs. 428 y ss.

(68) GARCIA DE ENTERRIA y T.R. FERNANDEZ, op. cit. pg. 443.

(69) Vid. PARADA VAZQUEZ, Derecho Administrativo... cit., pgs. 361 y ss.

(70) PARADA VAZQUEZ, Derecho Administrativo... cit., pg. 361.

(71) Sentencia Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1974.

(72) El artículo 30 del Estatuto de los Trabajadores establece que "si el trabajador no pudiera prestar sus servicios, una vez vigente el contrato, porque el empresario se retrasare en darle trabajo, por

impedimentos imputables al mismo y no al trabajador, éste conservará el derecho a su salario...".

(73) Vid. PARADA VAZQUEZ, Derecho Administrativo... cit., pg. 335; asimismo, CAMARA DEL PORTILLO, op. cit., pg. 104.

(74) Vid. OJEDA AVILES, El empleo temporal ... cit., pg. 488.

(75) Vid. PARADA VAZQUEZ, Derecho Administrativo... cit., pg. 341.

(76) Vid. PARADA VAZQUEZ, Derecho Administrativo... cit., pg. 354; asimismo, CAMARA DEL PORTILLO, op. cit., pgs. 103 y ss.

(77) Artículo 12.1 de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

(78) Vid. el Título II de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, citada en nota anterior.

(79) Artículo 27.1 de la citada Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre.

(80) Vid. CASTIÑEIRA, La tutela de la profesionalidad... cit., pg. 138.

(81) RODRIGUEZ-PIÑERO, Trabajo privado y trabajo público... cit., pg. 4.

(82) RODRIGUEZ-PIÑERO, Trabajo privado y trabajo público... cit., pg. 5.

(83) ALARCON CARACUEL, La nueva configuración legal de la relación de empleo público. Funcionarios y contratados laborales, Sevilla, 1985, pg. 26.

(84) Vid. Exposición de motivos de la Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad sindical.

(85) Artículo 12.2 de la Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, citada en nota anterior.

(86) Artículo 9.2 de la Constitución de 1978.

1.- Introducción.

2.- El derecho de libre sindicación de los funcionarios públicos.

2.1.- Ambito subjetivo.

2.1.1.- Funcionarios públicos a los que se les reconoce plenamente el ejercicio del derecho de libre sindicación.

2.1.2.- Funcionarios públicos que tienen limitado el ejercicio del derecho de libre sindicación.

2.1.3.- Funcionarios públicos que no tienen reconocido el ejercicio del derecho de libre sindicación o tienen prohibido sindicarse.

2.2.- Contenido.

2.2.1.- Contenido esencial.

2.2.2.- Nivel individual .

2.2.3.- Nivel colectivo.

3.- Representatividad de los funcionarios públicos.

3.1.-Organos de representación funcional.

3.2.-Facultades y garantías de los representantes de los funcionarios públicos.

3.2.1.- Facultades.

3.2.2.- Garantías.

4.- El derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos.

4.1.- Unidades de negociación.

4.2.- Sujetos negociadores.

4.3.- Contenido.

4.3.1.- Materias objeto de negociación.

4.3.2.- Materias objeto de consulta.

4.3.3.- Materias excluidas de negociación o de consulta.

4.4.- Terminación.

4.4.1.- Terminación con acuerdo.

4.4.2.- Terminación sin acuerdo.

4.4.2.1.- Mediación.

4.4.2.2.- Regulación unilateral de las condiciones de trabajo por las Administraciones Públicas.

5.- El derecho de huelga de los funcionarios públicos.

5.1.- Vacío normativo respecto a los funcionarios públicos.

5.2.- Contenido esencial.

5.3.- Servicios esenciales de la comunidad.

1.- Introducción.

Al contrario de lo que ha sucedido con el estudio del aspecto individual de la relación jurídica de trabajo de los funcionarios públicos, que hemos analizado en el capítulo anterior, aspecto muy poco tratado hasta ahora por la doctrina, el aspecto colectivo de esta relación jurídica, sin embargo, ha sido profusamente estudiado por nuestra doctrina, sobre todo la iuslaboralista (1), fundamentalmente desde que los derechos colectivos fueron reconocidos a los funcionarios públicos por la Constitución de 1978, de una manera explícita el derecho de sindicación (artículo 28.1), e, implícitamente, los de negociación colectiva y huelga, como veremos más adelante.

Obviamente, hoy no nos cabe duda alguna de que la Constitución, al reconocer en su artículo 28.1 el derecho a sindicarse a los funcionarios públicos, les está reconociendo también los derechos a la negociación colectiva y a la huelga, (2) garantizados, asimismo, a todos los trabajadores que conforman el sistema español

de relaciones laborales, en sus artículos 37.1 y 28.2 respectivamente, como señalábamos en el capítulo primero, significando este reconocimiento constitucional de los derechos colectivos su consideración de trabajadores por cuenta ajena, lo que, evidentemente, supone un paso cualitativo fundamental hacia su homologación total, en el tratamiento jurídico positivo, con todos los demás trabajadores, públicos y privados, con contrato de trabajo.

Con razón la doctrina iuslaboralista ha señalado que el cuerpo normativo que, iniciado por la propia Constitución de 1978, y en base, precisamente, a la misma, desarrolla el ejercicio de estos derechos colectivos de los funcionarios públicos y sus peculiaridades, -compuesto, fundamentalmente, además de la Constitución, por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública, la Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad sindical, y la Ley 9/1987, de 12 de mayo, de Organos de representación y determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas-, han supuesto una gran revolución legal en nuestra Función Pública moderna (3).

En efecto, justamente a través de este reconocimiento de los derechos colectivos a los funcionarios públicos, por primera vez se les está considerando plenamente como trabajadores por cuenta ajena, aunque sólo sea en este plano colectivo, en una normativa positiva del ordenamiento jurídico, con las consecuentes repercusiones jurídicas que ello conlleva, necesariamente, en el plano individual de su relación de trabajo con las Administraciones Públicas, pues, como se ha señalado por la doctrina, la posibilidad de separación entre el nivel funcional individual y el nivel funcional colectivo no es tan acentuado como para que la laboralización que se produce en este último nivel, como resultado de la vigencia de una serie de derechos colectivos, no implique consecuencias importantes para el primero (4).

Nos encontramos, pues, ante el primer paso decisivo para la laboralización total, a nivel jurídico-positivo, de la relación jurídica de servicio que se desarrolla entre los trabajadores públicos funcionarios y las Administraciones Públicas empleadoras, laboralización que, paradójicamente, se inicia en el plano colectivo de la relación jurídica de trabajo de los funcionarios públicos, en vez de comenzar por el plano individual de dicha relación jurídica, como, a priori,

parecería más lógico, como hemos señalado anteriormente.

Por otro lado, este reconocimiento de los derechos sindicales a los funcionarios públicos afecta decididamente a principios jurídico-administrativos considerados como básicos de la Función Pública hasta hace relativamente poco tiempo, sobre todo, en lo que se refiere a la fijación unilateral por parte de las Administraciones Públicas de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, en base a la situación de supremacía de las mismas, la concepción especialmente rigurosa del principio de jerarquía, y la identificación de los intereses de los funcionarios públicos con los de las Administraciones Públicas y, consecuentemente, los de éstas y aquéllos con los intereses generales de la comunidad (5).

Así, como acertadamente ha señalado ORTEGA, a partir del reconocimiento constitucional de estos derechos sindicales el ordenamiento jurídico no concede a las Administraciones Públicas una posición de autoridad en lo relativo a la organización laboral que les liga con sus empleados, debiendo ser esta posición, en todo lo que se refiere a la relación de servicio, la de un empleador más (6), puesto que sólo se podrán respetar estos derechos sindicales de los funcionarios públicos si las

Administraciones Públicas asumen su condición de parte empresarial y se despojan de su posición de autoridad (7), debiéndose construir la relación funcional partiendo del reconocimiento de paridad de posiciones jurídicas, en todo lo relativo a la relación de servicio (8), pues no cabe duda de que el reconocimiento de la libertad sindical en el empleo público es tendencialmente contrario a la relación de supremacía (9), relación ésta que sólo puede sostenerse hoy día en los dos únicos sectores de funcionarios públicos a los que, de acuerdo con la Constitución, se ha privado de derechos sindicales: los miembros de las Fuerzas o Institutos armados y la Magistratura, habiéndose de arbitrar para el resto de los funcionarios categorías jurídicas que den pleno sentido al mandato constitucional (10).

Así pues, efectivamente, nos encontramos ante una realidad jurídico-positiva que ha revolucionado nuestro ordenamiento jurídico, hasta el extremo, incluso, de hacer modificar lo que hasta la aparición de la Constitución de 1978 eran axiomas inamovibles en la tradición jurídico-administrativa, legislativa y doctrinal, en lo referente a la Función Pública, esto es, que el funcionario público desarrolla una relación jurídica de trabajo -la relación de servicio, distinta a

la relación orgánica- con la Administración Pública, y, como sujeto de esta relación jurídica laboral, es un trabajador por cuenta ajena, que, como tal, tiene legítimos derechos e intereses laborales y profesionales, totalmente divergentes de los de la Administración Pública empleadora, y que, para defenderlos, puede ejercitar frente a esa Administración Pública empleadora unos derechos colectivos (sindicación, negociación colectiva y huelga).

Lo que nos resulta difícil de entender es que todavía exista tanta resistencia en nuestros legisladores ordinarios, así como por parte de nuestra doctrina administrativista, para aplicar estos idénticos criterios jurídico-positivos "revolucionarios" a la relación jurídico-individual de trabajo de estos mismos funcionarios públicos con las Administraciones Públicas, cuya existencia es, además, previa a la relación jurídico-colectiva de trabajo y, consecuentemente, requisito "sine qua non" para la existencia de esta última.

En efecto, contrariamente a lo que sucede con la relación jurídico-individual de trabajo del funcionario público con la Administración Pública, esto es, la relación jurídica de servicio, que, por el momento, no

tiene un reconocimiento jurídico-positivo, como tal relación laboral, por parte del legislador ordinario, esta "laboralización" de la relación jurídica de trabajo del funcionario público tiene ya, sin embargo, un importante desarrollo legislativo concreto a nivel colectivo: la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública, la Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad sindical, y la Ley 9/1987, de 12 de mayo, de Organos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

La Ley 30/1984, de 2 de agosto, supone el primer paso normativo importante en el proceso de "laboralización" de la relación jurídica de trabajo del funcionario público, como hemos señalado en el capítulo primero -al que nos remitimos para no ser reiterativos-, al analizar esta norma, desde la óptica homologadora de las relaciones jurídicas de empleo público, administrativo-funcionarial y laboral.

En lo que respecta a los derechos colectivos de los trabajadores públicos funcionarios, en esta norma se reconocen explícitamente, por primera vez en nuestro derecho positivo desde la vigencia de la Constitución de

1978, los derechos sindicales de los mismos, aunque por la vía indirecta de sancionar como faltas muy graves conductas antisindicales de estos trabajadores públicos, así como aspectos relacionados con el derecho de huelga de los mismos (apartados i), j), k) y l) del artículo 31.1), derecho éste último que, igualmente, se reconoce explícitamente en esta norma, también de forma indirecta, al establecer su disposición adicional decimosegunda que "los funcionarios que ejerciten el derecho de huelga no devengarán ni percibirán las retribuciones correspondientes al tiempo que hayan permanecido en esta situación, sin que la deducción de haberes... tenga, en ningún caso, carácter de sanción disciplinaria...". Finalmente, esta norma reconoce de forma expresa el derecho de negociación de las condiciones de empleo de los funcionarios públicos (artículo 3.2.b.), esto es, reconoce el derecho a la negociación colectiva de estos trabajadores públicos, aspecto éste, asimismo novedoso en nuestro ordenamiento jurídico-positivo, como subraya la propia exposición de motivos de la ley.

La Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, es, como observábamos, asimismo, en el capítulo primero, el texto legal en el que por primera vez se reconoce, explícitamente y sin reserva alguna, la cualidad y consideración de trabajadores por cuenta ajena a los

funcionarios públicos, equiparándolos total y absolutamente a aquellos trabajadores que son sujetos de una relación jurídica laboral. Es también el texto legal que ha roto la barrera, hasta entonces infranqueable, que existía en nuestro ordenamiento jurídico entre las relaciones jurídicas de trabajo público y las relaciones jurídicas de trabajo privado, otorgando a ambas un tratamiento jurídico unificado en un texto legal único. Es, en definitiva, esta ley, como se ha señalado por la doctrina, un hito fundamental, desde el punto de vista de esa libertad sindical en el ámbito funcional, tanto por el rango de la norma, como por su contenido y significado, acentuándose más su importancia si consideramos que nos encontramos no tanto ante un punto de llegada, como ante un punto de partida, que ha de servir de base esencial para la construcción del edificio normativo que ordene las relaciones colectivas de trabajo en el seno de la Función Pública (11).

La Ley 9/1987, de 12 de mayo, constituye, por su parte, el complemento necesario de la Ley orgánica de Libertad sindical en aquellos aspectos puntuales en los que las peculiaridades del ejercicio de sindicación de los funcionarios públicos exigen una regulación específica, de acuerdo con los artículos 28.1 y 103.3 de la Constitución, aspectos que hacen referencia a sus

propios órganos de representación, a la determinación de sus condiciones de trabajo y a la participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, como indica la propia denominación de la Ley y como expresamente señala la exposición de motivos de la misma.

En base, precisamente, a este cuerpo normativo que regula el ejercicio de los derechos colectivos de los funcionarios públicos -Constitución, Ley 30/1984, de 2 de agosto, Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, y Ley 9/1987, de 12 de mayo-, vamos a analizar, desde la óptica del derecho constitucional de igualdad de tratamiento jurídico, la regulación de los mismos que realiza nuestro ordenamiento jurídico positivo, deteniéndonos en aquellos aspectos a los que otorga un tratamiento jurídico-positivo desigual, a pesar de la proclamación del legislador ordinario de establecer un "tratamiento unificado en un texto legal único, que incluya el ejercicio del derecho de sindicación de los funcionarios públicos" (12), -así como los de negociación colectiva y de huelga, como comprensivos, en todo caso, del ejercicio de la actividad sindical (13)-, y, consecuentemente, determinar qué aspectos básicos de esa regulación jurídica son diferentes en los dos colectivos de trabajadores públicos -funcionarios y contratados laboralmente-, y, de éstos, cuáles tienen su fundamento

en las "peculiaridades" del ejercicio del derecho de sindicación, de acuerdo con los artículos 28.1 y 103.3 de la Constitución, y cuáles son meras arbitrariedades del legislador ordinario, para, de esta forma, poder establecer los criterios que, a la luz de la igualdad de tratamiento jurídico que nuestra Constitución consagra, el legislador ordinario debiera tener en cuenta para evitar toda clase de discriminación jurídica en la regulación positiva de los derechos colectivos de los trabajadores públicos, por razón del vínculo jurídico-positivo por el que éstos se encuentran ligados a la Administración Pública empleadora.

2.- El derecho de libre sindicación de los funcionarios públicos.

Como ha subrayado la doctrina, el artículo 28.1 de la Constitución no deja lugar a dudas respecto al derecho de los funcionarios públicos a sindicarse libremente -con la posible limitación o excepción legal

del ejercicio del mismo para las Fuerzas o Institutos armados o para los Cuerpos sometidos a disciplina militar, así como la negación que del mismo establece el artículo 127.1 de la Ley Fundamental para los Jueces, Magistrados y Fiscales, mientras que se hallen en servicio activo, a los que sólo se les reconoce un asociacionismo de carácter profesional-, pues el término "todos" con el que comienza dicho precepto ha de interpretarse en sentido lato, con referencia a todos los trabajadores, privados y públicos, incluso a los funcionarios públicos (14). En este mismo sentido, el citado precepto dispone expresamente que la ley "regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos", reserva legal que, igualmente, reitera el artículo 103.3 de la Constitución.

Este mismo criterio ha sido acogido por el Tribunal Constitucional, que afirma taxativamente que "el reconocimiento del derecho de libre sindicación de los funcionarios deriva directamente del mandato del artículo 28.1 de la Constitución, cuyo término "todos" los incluye, como se demuestra por su referencia posterior..." (15).

Por su parte, la norma de desarrollo legislativo del artículo 28.1 de la Constitución, la Ley orgánica

11/1985, de 2 de agosto, establece en su artículo 12.1. que "todos los trabajadores tienen derecho a sindicarse libremente para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales", especificando, a continuación, el párrafo segundo del mismo precepto que "a los efectos de esta Ley, se consideran trabajadores tanto aquellos que sean sujetos de una relación laboral como aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones Públicas".

No cabe, pues, la menor sombra de duda de que los funcionarios públicos tienen derecho a sindicarse libremente, como trabajadores por cuenta ajena que son de las Administraciones Públicas, derecho que les reconoce explícitamente la propia Norma Fundamental.

Sin embargo, la clave para la interpretación correcta de este derecho fundamental de libre sindicación de los funcionarios públicos se encuentra, para nosotros, en determinar el alcance de la regulación de esas "peculiaridades del ejercicio" del mismo, a que hacen mención los artículos 28.1 y 103.3 de la Constitución, peculiaridades que, desde luego, no pueden consistir en limitaciones o interpretaciones restrictivas del núcleo básico del derecho de libre sindicación de los

funcionarios públicos (16), sino que, por el contrario, esta interpretación restrictiva habrá que hacerla, precisamente, de estas "peculiaridades" respecto al contenido esencial del derecho de sindicación en general, criterio éste avalado por dos preceptos constitucionales: los artículos 53.1 y 10.2 (17).

En efecto, el artículo 53.1 de la Constitución, con el que comienza el capítulo IV del Título I (De las garantías de las libertades y derechos fundamentales), establece que "...sólo por ley, que, en todo caso, deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...", por lo que, al estar incluido entre estos derechos fundamentales el de sindicación, cualquier regulación legal del mismo que se haga habrá de respetar, necesariamente, el contenido esencial de este derecho, so pena de inconstitucionalidad, de donde podemos inferir que el contenido esencial del derecho de sindicación de los funcionarios públicos es idéntico al de los restantes trabajadores, privados y públicos, con contrato de trabajo, que conforman el sistema español de relaciones laborales, por propio imperativo constitucional, y que la regulación de las "peculiaridades de su ejercicio" para los trabajadores públicos funcionarios no puede, en ningún caso, afectar restrictivamente al contenido

esencial de este derecho fundamental.

Por su parte, el artículo 10.2 de la Constitución dispone que "las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias, ratificados por España". En este sentido, en lo que atañe al establecimiento del contenido esencial del derecho de sindicación, hay que tener en cuenta los siguientes instrumentos internacionales (18):

a) La Declaración Universal de Derechos Humanos, de Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948, cuyo artículo 23.4 establece que "toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses".

b) El Convenio número 87 de la OIT (1948), sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (19), que es el primer texto internacional que se ocupó de la sindicación funcional (20). En su artículo segundo establece que "los trabajadores y empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho a constituir las organizaciones

que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas".

Este Convenio remite a la legislación nacional, que deberá determinar "hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas por el presente convenio" (artículo 9.1), justificándose esta excepción en que la mayor parte de los estados miembros no están en condiciones de ratificar un convenio que requiera conferir una absoluta libertad sindical a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía (21).

En definitiva, en este convenio sólo se prevé la atenuación de los principios derivados de la libertad sindical para este sector concreto de empleados públicos, pero no para el resto de los funcionarios (22), que, "a sensu contrario", se encuentran incluidos en su ámbito de aplicación.

c) El Convenio número 98 de la OIT (1949), sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva (23), que tiende a prohibir actos de discriminación antisindical por parte de los empleadores y, especialmente, evitar la injerencia de éstos y de sus organizaciones en las organizaciones de los trabajadores,

así como a promover las negociaciones colectivas (24), y en cuyo artículo primero se protege a los trabajadores frente a "todo acto de discriminación tendente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo".

Este Convenio, al igual que el anterior, prevé la posibilidad de limitar a las fuerzas armadas y a la policía las garantías contenidas en el mismo (artículo 5º), cuyo alcance será determinado por la legislación nacional, estableciendo, de esta forma, la presunción de su aplicación al resto del empleo público (25), si bien, a continuación el artículo sexto dispone que "el presente Convenio no trata de la situación de los funcionarios públicos en la Administración del Estado y no deberá interpretarse, en modo alguno, en menoscabo de sus derechos o de su estatuto", de donde parecía deducirse que el Convenio no era de aplicación a los funcionarios públicos.

Pero la Comisión de expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones ha considerado que, si bien el concepto de funcionario público puede variar hasta cierto grado, en virtud de los diversos sistemas legales nacionales, la exclusión del campo de aplicación del Convenio de los funcionarios públicos no investidos de

autoridad pública es contraria al sentido del Convenio, sentido que, a juicio de la Comisión, aparece más claro en el texto inglés del artículo sexto del Convenio, que autoriza sólo la exclusión de los funcionarios "encargados de la Administración del Estado". Por ello, la Comisión distingue entre funcionarios públicos que, por sus funciones, están directamente dedicados a la Administración del Estado, a los que no les sería de aplicación el Convenio, y aquellas otras personas empleadas por el Gobierno, por empresas públicas o por instituciones públicas autónomas, que sí estarían protegidas por este Convenio (26).

d) El Convenio número 151 de la OIT (1978), sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública (27), que es, en términos generales, una refundición, en el ámbito del empleo público, de los convenios números 98, 135 y 154, todos ellos de la OIT, esto es, viene a reconocer, en el ámbito de la Administración Pública, una serie de derechos ya reconocidos a los trabajadores sometidos al Derecho Laboral en varios Convenios anteriores, los cuales expresa o implícitamente excluían de su ámbito de aplicación a los empleados públicos (28), no incluyendo, sin embargo, este Convenio al número 89 de la OIT, por

considerarse que éste es, sin lugar a duda alguna, aplicable directamente a los empleados públicos (29).

El ámbito de aplicación de este Convenio es muy amplio, de acuerdo con su artículo primero, párrafo primero: "todas las personas empleadas por la Administración Pública", esto es, funcionarios públicos y contratados por la Administración Pública, tanto administrativa como laboralmente. Sin embargo, el mismo precepto, en su párrafo segundo establece que "la legislación nacional deberá determinar hasta qué punto las garantías previstas en el presente Convenio se aplican a los empleados de alto nivel que, por sus funciones, se considera normalmente que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos, o a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial", y el párrafo tercero dispone que "la legislación nacional deberá determinar, asimismo, hasta qué punto las garantías previstas en el presente Convenio son aplicables a las fuerzas armadas y a la policía" (30), exclusiones que, con ser amplias, dejan, sin embargo, dentro del ámbito de aplicación del Convenio a colectivos tan significativos como la judicatura y los funcionarios civiles de establecimientos militares, que, en países como España, tienen prohibida o fuertemente limitada la actividad sindical (31).

El contenido de este convenio comprende las siguientes materias (32):

-Protección del derecho de sindicación (artículos 4 y 5).

-Facilidades que deben concederse a las organizaciones de empleados públicos (artículo 6).

-Procedimientos para la determinación de las condiciones de trabajo (artículo 7).

-Solución de los conflictos, sin que esté previsto el derecho de huelga (artículo 8).

-Por último, se protege el respeto de los derechos civiles y políticos esenciales para el ejercicio normal de la libertad sindical (artículo 9).

En definitiva, como ha puesto de manifiesto la doctrina, la aprobación de este Convenio supone el reconocimiento de la progresiva asimilación por parte de los poderes públicos de que la situación laboral de la inmensa mayoría de los empleados públicos no difiere, en lo esencial, de situaciones laborales equivalentes en el

sector privado (33), o, en otros términos, la introducción de la negociación colectiva y de los procedimientos de composición de conflictos en las relaciones funcionariales significa una laboralización plena de este segmento jurídico, llegándose a una situación paralela con la del sector privado (34).

e) El Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (1950) (35), del que España se ha reservado su aplicación en la medida en que resulte incompatible con los artículos 28 y 127 de la Constitución, y que establece en su artículo 11 que "toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar, con otras, sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses", añadiendo, a continuación, que "el presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado", con lo que está estableciendo una presunción de aplicación al resto de los funcionarios públicos.

f) La Carta Social Europea (1961) (36), que reconoce, asimismo, en sus artículos 5º y 6º el derecho

de libertad sindical, así como los de negociación colectiva y de huelga de los trabajadores, sin que puedan limitarse estos derechos más que a las fuerzas armadas y a la policía, si bien España, en el instrumento de ratificación, manifiesta que estos artículos 5º y 6º, en relación con el 31 y el anexo de la Carta, se interpretarán y aplicarán de manera que sus disposiciones sean compatibles con los artículos 28, 37, 103.3 y 127 de la Constitución.

g) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) (37), que reconoce en su artículo 22.1 que "toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse a ellos para la protección de sus intereses", previéndose la posibilidad de que las fuerzas armadas o la policía tengan restringido legalmente este derecho.

h) Finalmente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) (38), que establece en su artículo 8 que "los Estados parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección con sujeción, únicamente, a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales", reconociéndose,

asimismo, el derecho de huelga "ejercido de conformidad con las leyes de cada país". Lo mismo que el anterior, este Pacto prevé también la posibilidad de restricciones legales del ejercicio de estos derechos para los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

A la vista de este conjunto de normas internacionales, y haciendo una interpretación integral de las mismas en relación con nuestra Constitución, podemos afirmar que, dado el carácter interpretativo de los derechos fundamentales que el artículo 10.2 de la Ley Máxima otorga a la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como a los tratados y acuerdos internacionales sobre los mismos, ratificados por España, anteriormente reseñados, la regulación de las "peculiaridades del ejercicio" del derecho de sindicación de los funcionarios públicos debe tener en cuenta, necesariamente, los principios básicos que se derivan de ellos, como constitutivos del contenido esencial del derecho fundamental de sindicación, que es idéntico para todos los trabajadores por cuenta ajena, privados y públicos, con independencia del vínculo jurídico positivo concreto que los una con su empleador.

En definitiva, la regulación legal de las peculiaridades del ejercicio del derecho de sindicación

de los funcionarios públicos, a las que se refieren los artículos 28.1 y 103.3 de la Constitución, en ningún caso puede tener carácter restrictivo del contenido esencial de este derecho fundamental, que ha de ser obligatoriamente respetado por la ley que lo regule, por imperativo del artículo 53.1 de la Constitución, contenido esencial que, por imperativo, asimismo, de la propia Ley Fundamental, tiene que ser acorde con los principios sustanciales contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, antes reseñados, a tenor del artículo 10.2.

¿Cuál ha sido hasta ahora el desarrollo legislativo del derecho fundamental de sindicación, consagrado en el artículo 28.1 de la Constitución, en lo que respecta a los funcionarios públicos, así como las peculiaridades de su ejercicio para los mismos, previstas en dicho precepto y reiteradas en el artículo 103.3?

Partiendo de la base de que no existe la menor duda, como hemos observado, de que la voluntad del constituyente es clara en cuanto a otorgar a los funcionarios públicos -con las limitaciones y excepciones que establece respecto al ámbito subjetivo del mismo, como veremos más adelante- el derecho de libre

sindicación en igualdad total con los restantes trabajadores por cuenta ajena, en lo que respecta a su contenido esencial, como acabamos de analizar, al legislador ordinario sólo le quedaba la opción de regular este derecho de sindicación, en esencia idéntico para trabajadores con contrato de trabajo y funcionarios públicos, conjuntamente para ambos colectivos de trabajadores, en una sola norma, o bien, como ha venido siendo lo normal en la tradición normativa de nuestro país, regularlo mediante dos normas positivas formalmente distintas, una para trabajadores con contrato de trabajo y otra para funcionarios públicos (39), aunque ambas de idéntico contenido esencial, en virtud del mandato constitucional antes señalado.

El legislador ordinario ha optado por la primera de las posibilidades indicadas (40) "...dando un tratamiento unificado en un texto legal único que incluye el ejercicio del derecho de sindicación de los funcionarios públicos, a que se refiere el artículo 103.3 de la Constitución... incluyendo a todos los trabajadores por cuenta ajena, lo sean o no de las Administraciones Públicas..." (41), y ha regulado las peculiaridades del ejercicio de este derecho para los funcionarios públicos en otra norma distinta, pero teniendo en cuenta que estas peculiaridades no modifican el contenido esencial del