

EL ANTEPROYECTO DE LEY REGULADORA DEL ESTATUTO BÁSICO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE SUS PERFILES CONSTITUCIONALES EN EL DICTAMEN N.º 1489/98, DE 4 DE JUNIO DE 1998, DEL CONSEJO DE ESTADO

1. Recientemente el Consejo de Estado ha examinado el Anteproyecto de Ley Reguladora del Estatuto Básico de la Función Pública (texto de 25 de marzo de 1998) elaborado por el Ministerio de Administraciones Públicas tras un intenso proceso negociador con las Comunidades Autónomas y los sindicatos más representativos¹. La consulta de dicho Anteproyecto legislativo tiene, en el diseño legal de las competencias del supremo órgano consultivo del Gobierno, carácter facultativo y no vinculante, caracteres cuya concurrencia en este caso confirman «la creciente labor de auxilio a la tarea de iniciativa legislativa del Gobierno que el Consejo de Estado viene desarrollando»².

El Anteproyecto de Ley Reguladora del Estatuto Básico de la Función Pública (en adelante EBFP), partiendo de la Constitución de 1978 y de los cambios ope-

1. Entre la documentación integrante del expediente remitido al Consejo de Estado se incluyeron un borrador del Acta de la 32.ª reunión del Pleno de la Comisión de Coordinación de la Función Pública celebrada el 14 de octubre de 1997, que reflejaba el consenso general –salvo matices– de las Comunidades Autónomas en torno al texto del EBFP, y el Acuerdo Administración General del Estado-Sindicatos (CC.OO, FSP-UGT, FETE-UGT y CSI-CSIF) firmado el 10 de febrero de 1998 sobre los aspectos que las partes habían negociado a ese mismo respecto en el marco de la Mesa General de Negociación entre junio y diciembre de 1997. Además, también se acompañaron los informes favorables al Anteproyecto emitidos por la Comisión Superior de Personal (de 24 de octubre de 1997) y del Pleno de la Comisión Nacional de Administración Local (de 28 de octubre de 1997).

2. Según se constata en su Memoria de 1997, en los últimos años se ha acentuado la tendencia expansiva de la consulta legislativa al Consejo de Estado, lo que permite desempeñar a éste una función en la elaboración de los textos legales calificada por la doctrina francesa –en relación a las actividades en este orden del Conseil d'Etat– como de «paralegislativa».

rados en los sistemas de empleo público occidentales, pretende en palabras de su Exposición de Motivos «incorporar lo que debe ser esencial o común a todas las Funciones Públicas del Estado» y contribuir a una gestión plenamente eficaz de los recursos humanos de las Administraciones Públicas. Comprende un conjunto heterogéneo de reglas jurídicas, reglas organizativas y principios de ordenación aplicables con carácter básico a la Función Pública, muchos de los cuales ya aparecen asentados en la regulación vigente, a la que suma algunas novedades destacables. En concreto, cabe mencionar entre ellas: la regulación de la «función pública directiva»; la configuración de una auténtica carrera administrativa de los funcionarios públicos independiente de los avatares del desempeño de puestos de trabajo y basada en un sistema de categorías profesionales; la flexibilización en la asignación de puestos y la previsión de sistemas de movilidad menos rígidos que en la actualidad; el diseño de un sistema retributivo con fines incentivadores; la referencia expresa a los valores éticos en el servicio público; la actualización del régimen disciplinario; la simplificación en materia de incompatibilidades y la mejor articulación del sistema de representación, participación y negociación colectiva de los empleados públicos, poniéndose fin en este último supuesto a la indeterminación del valor jurídico y al problema de la aplicación directa de los Pactos y Acuerdos.

La somera enunciación de los contenidos innovadores del EBFP no debe conducir a pensar que está concebido para alumbrar un cambio radical en el modelo de empleo público actual, aunque en virtud de ellos tampoco se instala en un simple continuismo. En todo caso, los fines inmediatos a que subviene son dar cumplimiento a la previsión constitucional de aprobación de un estatuto de los funcionarios públicos y refundir la dispersa regulación vigente en un texto único (en tal sentido el Consejo de Estado ha destacado su virtualidad esencialmente codificadora más que de auténtica reordenación sustancial de la función pública). Frente a posiciones doctrinales proclives a imprimir un vuelco en la concepción de la función pública en nuestro país, apelando –so pretexto de una mayor agilidad, flexibilidad y eficacia en la gestión del personal de las Administraciones– a experiencias foráneas de «privatización» o «contractualización»³, el texto proyectado toma como premisa la opción de la Constitución por un régimen estatutario con carácter general para los servidores públicos (STC 99/1987, de 11 de junio, FJ 3).

La referida opción es conformada por el EBFP en unos términos que han merecido una valoración conjunta favorable de su texto por el Consejo de Estado. A partir de ahí, las observaciones contenidas en el dictamen n.º 1489/98 no cuestionan –como es pauta en las consultas «legislativas»– las elecciones que razonablemente caben dentro del margen de libertad de configuración del legislador y que en la fase de elaboración del proyecto corresponden a la decisión del titular

3. Categorías empleadas, entre otras, por la doctrina para describir el sentido último de la reforma del empleo público en Italia a partir del Decreto Legislativo 29/1993, de 3 de febrero, dictado en desarrollo del artículo 2 de la Ley 421/1992, de 23 de octubre.

de la iniciativa legislativa. Es más, se desprende del tenor de numerosas observaciones un juicio que respalda las orientaciones adoptadas en la medida en que persiguen una mayor profesionalización de la función pública. Quizás sea, precisamente, en aquellos aspectos en que el texto ha renunciado a definirse de un modo sustantivo o no ha llegado a traspasar la barrera de meras declaraciones abstractas y eclécticas donde el Consejo de Estado ha indicado la conveniencia de establecer un mínimo básico sustancial de mayor entidad para el reforzamiento pretendido del sistema de carrera y el cambio de inclinación frente a determinadas aperturas operadas con la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

Ante la extensión y diversidad de contenidos del EBFP, el método de análisis y revisión que sigue habitualmente el Consejo de Estado en relación a los textos normativos ha producido en el dictamen comentado consideraciones de distinta índole y calado. Se han formulado observaciones formales tendentes a la verificación del iter procedimental previo de elaboración, otras sustantivas relativas al examen de los condicionamientos constitucionales y, en escasa medida en este caso, internacionales que pesan sobre la regulación de la materia, completándose con juicios de técnica legislativa y opiniones jurídicas sobre aspectos muy concretos de su contenido. Pues bien, aplicando un criterio selectivo a tales consideraciones, interesa en las líneas que siguen destacar particularmente aquellas que contenidas en el dictamen n.º 1489/98 son atinentes a los perfiles constitucionales del entramado sustancial del Anteproyecto de EBFP.

2. Dice la Exposición de Motivos que «la finalidad que persigue el Estatuto es desarrollar con carácter estable y permanente hacia el futuro la competencia exclusiva que la Constitución reconoce al Estado para determinar el régimen estatutario de los funcionarios públicos, siguiendo fielmente la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el alcance de la normativa básica, dejando una amplia posibilidad a los Parlamentos de las Comunidades Autónomas para regular sus propias funciones públicas con el único límite del cumplimiento de la citada normativa básica».

El título competencial habilitante para dictar el EBFP es primariamente –y de modo evidente– el contenido en el artículo 149.1.18.ª de la Constitución cuando prevé la competencia exclusiva del Estado para establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios de las Administraciones Públicas. Sin embargo, observa el Consejo de Estado, si se entendiera dicho título con rigorismo excesivo quizá no ampararía toda la regulación prevista en la medida en que el ámbito del Estatuto se extravasa, con distinta intensidad según las materias, del círculo estricto de los funcionarios. En efecto, habría que situar también la cobertura legitimadora de Capítulos como los dedicados a planificación de recursos humanos (III), incompatibilidades (XVI) y coordinación de las Administraciones Públicas en materia de Función Pública (XIX), en cuanto referidos a todos los empleados públicos y orientados por el principio de eficacia administrativa, en el seno de la competencia estatal para establecer las bases del régimen jurídico de las Adminis-

traciones Públicas⁴. Precisamente por esta incardinación del elemento personal de la burocracia en el ámbito general de las Administraciones, el EBFP se acomoda con naturalidad en la secuencia de recientes reformas jurídicas, estructurales y organizativas orientadas a la articulación del engranaje administrativo del Estado de las Autonomías.

El Anteproyecto aspira a contener sólo lo básico y todo lo básico en materia de función pública, salvo las excepciones que impone el principio de competencia normativa. Desde tal punto de vista y por comparación con la legislación vigente, caracterizada por un alto grado de fragmentariedad y complejidad, se pondera favorablemente la elaboración de un texto único que dé cumplimiento a las exigencias constitucionales, pues «desde una perspectiva de técnica legislativa es difícilmente sostenible la opción continuada por reformas parciales dada su patente contraindicación para la seguridad jurídica». En todo caso, el Consejo de Estado aprecia que «se verifica una extensión explícita –desterrando la necesidad de inferencia– de lo básico en determinados aspectos (aún regulados en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964) y, en cambio, se reduce la intensidad de lo básico en otros hasta ahora regulados más profundamente con tal carácter».

El siempre espinoso problema de definir las bases desde el punto de vista constitucional se aborda en el Estatuto proyectado de modo correcto en cuanto a su determinación formal o calificación expresa (que lo abarca en su integridad a tenor del artículo 1), si bien se señala alguna insuficiencia en su concepción material. Reconociendo la sensibilidad de los autores del texto en cuanto a la configuración del Estado como «sistema compuesto» y la consiguiente precaución en evitar una normativa básica tan detallada que vaciase prácticamente de contenido las competencias de las Comunidades Autónomas, el Consejo de Estado ha puesto énfasis en observar que tal respeto no exime, en todo caso, de la necesidad de que la legislación básica cumpla con rigor la función constitucional de vertebración que le es propia, fundamentalmente con el fin de salvaguardar la efectividad de principios constitucionales esenciales como el de igualdad y sus derivaciones, significando la necesidad de asegurar una homogeneidad esencial y efectiva de la función pública en todo el territorio nacional.

3. Junto a la ordenación de ámbitos competenciales, la otra premisa constitucional que pesa de modo general sobre el Anteproyecto de EBFP es el principio de reserva de ley, establecido en el artículo 103.3 de la Constitución, en su exigencia de que «la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones».

4. De acuerdo con la doctrina fijada en la STC 178/1989, de 2 de noviembre, sobre la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas (FJ 6).

Todos los extremos relacionados y los ámbitos que convergen en la configuración del «régimen estatutario»⁵ encuentran previsión en el Anteproyecto. Ciertamente no se agota la regulación legal de dichas materias en el Estatuto porque confluyen sobre ellas dos esferas de actuación no coincidentes, la que es propia de la competencia estatal sobre la legislación básica y la que se halla bajo reserva de ley. Esta última, cuya extensión trasciende a la primera, requiere una determinación material suficiente por ley de los ámbitos incluidos en el estatuto funcional y por ello el Anteproyecto llama para el desarrollo de la legislación básica a la Ley de Función Pública de la Administración General del Estado (de aprobación ulterior por las Cortes Generales) y a las Leyes que aprueben, en su caso y en el ámbito de sus competencias, las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas para regular sus respectivas funciones públicas⁶.

Una concreta observación ha sido formulada al EBFP en un terreno reservado a la Ley, la definición del personal laboral y de los puestos de trabajo susceptibles de ser desempeñados por dicha categoría de personal, no tanto por vulneración de dicha reserva —que es respetada formalmente— sino por las potenciales extralimitaciones que puede generar la enunciación del supuesto normativo en el Anteproyecto. Si bien éste no incurre en la indeterminación legal que causó la declaración de inconstitucionalidad del artículo 15.1, último inciso, de la Ley 30/1984, en su redacción originaria, y enuncia descriptivamente las diversas funciones que el personal laboral podrá desempeñar, contiene una cláusula residual («las (funciones) que excepcionalmente se establezcan en una norma con rango de ley, en función de las peculiaridades de los servicios públicos que hayan de prestarse») respecto de la que se ha advertido, dados los términos en que se expresa, la difícil contención efectiva por vía legal a la expansión de supuestos en que es admisible la contratación de personal laboral. La opción constitucional por el régimen estatutario a que se ha referido la jurisprudencia constitucional no debe desnaturalizarse a través de vías que puedan conducir al vaciamiento de sus con-

5. Según la especificación efectuada por la STC 99/1987, de 11 de junio, dicho régimen estatutario comprende la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de Cuerpos y Escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas.

6. No se agota tampoco el ámbito de aplicación del EBFP en el personal funcionario de las Administraciones Públicas y Organismos dependientes o vinculados a las mismas sino que se extiende, con las «especificidades» previstas en sus disposiciones adicionales en cumplimiento de otras previsiones constitucionales, al personal docente, investigador, de administración y servicios de las Universidades y al estatutario de las Instituciones del Sistema Nacional de Salud. Asimismo se admite que en el ámbito de las Leyes de Función Pública las Administraciones Públicas correspondientes puedan dictar normas específicas adaptadas a las «peculiaridades» del personal postal y de telecomunicaciones, del de Instituciones Penitenciarias, del destinado en el exterior y de aquellos otros colectivos que por la singularidad de su función lo precisen. Y, finalmente, se reconoce la existencia de personal con «legislación específica propia» (funcionarios de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas; funcionarios de los demás órganos constitucionales del Estado y de los órganos estatutarios de las Comunidades Autónomas; funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del Poder Judicial...), categoría heterogénea para la que el Estatuto prevé su aplicación sólo cuando así lo disponga la respectiva legislación específica.

tenidos más caracterizados, por lo que el Consejo de Estado ha señalado, a fin de contribuir al establecimiento de principios estructurales básicos de organización del sistema dual de empleo público⁷, que «debe añadirse una necesaria puntualización ulterior, cual es la de excluir en todo caso la posibilidad de ejercicio de potestades administrativas por el personal laboral»⁸.

Preservada en los términos expuestos la reserva de ley, el EBFP prevé –como admitió la STC 99/1987– la colaboración de las normas reglamentarias para complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia reservada. No obstante, en la concreta articulación de la relación entre leyes y reglamentos, el texto del Anteproyecto ha merecido reproche por el elevado número de remisiones indiferenciadas a lo que «las Administraciones Públicas» competentes determinen, siendo así que algunas de las cuestiones a que se refieren (configuración de sistemas de selección y de los procedimientos de provisión, determinación de elementos de la carrera profesional, regulación de instrumentos de ordenación de la actividad profesional, movilidad de funcionarios...) no deberían sustraerse de la competencia normativa del legislador del Estado o de la correspondiente Comunidad Autónoma.

En cambio, el Anteproyecto da muestras de un más estricto entendimiento del principio de reserva legal que la Ley 30/1984 en lo que hace a Cuerpos y Escalas de funcionarios, cuya creación, modificación sustancial, unificación y supresión se efectuará en todo caso por Ley. Además se establece que la Ley de creación determinará la denominación, el grupo profesional que les corresponda, el ámbito de actuación y, en su caso, la titulación o titulaciones exigidas para el ingreso en los Cuerpos y Escalas.

4. Dentro de las disposiciones generales contenidas en el Capítulo I del Anteproyecto del EBFP éste se propone introducir por primera vez en nuestro ordenamiento una enunciación de los principios de ordenación de la función pública y una invocación de los valores éticos del servicio público. El dictamen del Consejo de Estado ha apreciado la bondad de intención subyacente tras ambas novedades, no sin observar algunos aspectos susceptibles de mejor planteamiento. El artículo dedicado a los principios se presenta como un precepto de aluvión que acumula acriticamente auténticos principios (igualdad, mérito y capacidad; eficacia; jerarquía; coordinación) junto con simples «criterios» en el lenguaje constitucional (eficiencia) y otras referencias constitucionales no atribuibles a principios estrictamente (sometimiento pleno a la ley y al Derecho; incompatibilidad). En todo caso, el interés del dictamen sobre este particular se ha centrado en poner

7. Vid. GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1985, sobre la inadmisibilidad de una utilización indiscriminada y alternativa de uno y otro régimen, o la posibilidad de que los distintos puestos de trabajo en la Administración sean ocupados por ambas clases de personal de modo indistinto e intercambiable.

8. En términos análogos a los que emplea la Ley Fundamental de Bonn en su artículo 33.4, conforme al que «el ejercicio de funciones de soberanía será confiado con carácter general a funcionarios sometidos a relaciones de servicio y lealtad constituida conforme al Derecho público».

de manifiesto que la etiqueta genérica de «principios» no puede servir para alterar la diferente naturaleza y eficacia jurídica de los enunciados, subrayando la necesidad de reparar en «la idea de su sustancia prescriptiva frente al riesgo de que (...) sean entendidos como enunciación de propósitos orientadores y de sabor programático».

La referencia expresa a la ética en el servicio público, objeto en el borrador inicial de un amplio tratamiento luego reducido a un sólo artículo, constituye una novedad relevante en la legislación española sobre la función pública y toma como punto de arranque una de las preocupaciones más actuales de la Ciencia de la Administración así como conspicuos precedentes en otros Estados (entre los que destaca el renombrado Informe Nolan, publicado en el Reino Unido en 1995)⁹. Ciertamente la actuación de la Administración (persona jurídica) como organización dedicada a servir con objetividad los intereses generales no se puede alcanzar sin la penetración de pautas éticas en el comportamiento de las personas individuales que constituyen su soporte humano. Los «valores éticos» del servicio público contemplados en el texto proyectado son la integridad, la neutralidad, la imparcialidad, la transparencia en la gestión, la receptividad, la responsabilidad profesional y el servicio a los ciudadanos, a través de los que se busca mejorar la calidad de los servicios y prestaciones públicas. Sin ánimo de profundizar en la cuestión de las relaciones entre Derecho y Ética, el Consejo de Estado ha llamado la atención sobre una cierta inclinación del EBFP a comprender los valores éticos expresados en un plano metajurídico –de lo que puede ser sintomática la calificación de la Constitución de 1978 por la Exposición de Motivos como «acervo ético común» para todos los españoles–, por lo que ha subrayado en su dictamen que la concepción de la Constitución como norma jurídica es determinante de la posibilidad de exigencia de los principios y valores (jurídicos) que consagra frente a la incoercibilidad de los puros valores éticos. En tal sentido, el enlace entre la consagración de la ética pública y los deberes de los funcionarios públicos (Capítulo VI del Anteproyecto) o el régimen de incompatibilidades (Capítulo XVI), unido a la previsión de los efectos de su quebranto (régimen disciplinario del Capítulo XV), permiten apreciar la existencia de garantías estrictamente jurídicas de su observancia.

5. Los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública (artículo 103.3 CE) y el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (artículo 23.2 CE) constituyen el eje fundamental sobre el que han de girar buena parte de las previsiones en materia de selección del personal al servicio de las Administraciones Públicas (Capítulo IV), clasificación de los funcionarios públicos (Capítulo VII), provisión y movilidad (Capítulo X) y carrera profesional y promoción interna (Capítulo XI).

9. CHAMBRON, F. y GASPON, O., *La déontologie administrative*, LGDJ, París, 1996. Observan estos autores que la reflexión sobre las reglas de conducta que deben regir la actividad administrativa ha desbordado el ámbito anglosajón en que surgió –y en el que parece lógico que la ausencia de régimen estatutario se compensara con un fuerte acento sobre los principios deontológicos–, para introducirse decididamente en el mundo del Derecho administrativo continental.

Partiendo de que el reclutamiento de personal por las Administraciones Públicas no es absolutamente asimilable al que realiza la empresa privada, por la disparidad de fines de ambas y al estar sometidas las primeras a la exigencia de utilizar procedimientos de selección objetiva legitimados por su garantía de los principios de igualdad ante la ley, mérito y capacidad, publicidad y legalidad presupuestaria, el EBFP regula como sistemas de selección los ya conocidos de oposición, concurso y concurso-oposición. No establece entre ellos un orden de prelación y de tal ausencia –observa el dictamen– podría derivarse la consolidación de modelos muy diferentes en el acceso a la Función Pública del Estado y de las Comunidades Autónomas, lo que resultaría seriamente cuestionable desde la óptica del principio de igualdad y cohesión, con su correlativa incidencia sobre la movilidad de funcionarios entre las distintas Administraciones Públicas. Apelando a la tradición histórica que avala a la oposición como sistema ordinario de selección¹⁰ y su contrastada solvencia para dar efectividad a los principios de mérito y capacidad, el Consejo de Estado apunta la conveniencia de determinar con carácter básico la preferencia de dicho procedimiento selectivo por su mejor adecuación al sistema de carrera, por su mayor objetividad al consistir en pruebas iguales para todos los aspirantes y por su aptitud para facilitar la selección de colectivos numerosos y homogéneos. En modo alguno se trata, sin embargo, de configurar dicha opción con una rigidez innecesaria y a todas luces inconveniente ni tampoco de desconocer otras fórmulas que coadyuven a una gestión flexible del ingreso en las Administraciones Públicas, pero la cabal observancia de los principios constitucionales en juego requerirá que la admisión y empleo de otras alternativas estén justificadas por la naturaleza de las funciones a desempeñar o las características de la plaza a cubrir.

La selección de interinos y del personal laboral temporal, que se sujeta explícitamente en el Anteproyecto a los principios de igualdad, mérito y capacidad, omite en cambio la exigencia de publicidad. Por ello ha entendido el Consejo que, aun incorporando las singularidades que sean precisas para facilitar la máxima agilidad en el desarrollo de los procedimientos selectivos relativos a dichas categorías de personal, la falta de conocimiento público no debe ser obstáculo que erosione el derecho fundamental de acceso a la función pública (y no sólo a modalidades de ella) en condiciones de igualdad ni servir de menoscabo a la transparencia en las políticas de personal.

En semejante orden de ideas cabe situar las prevenciones efectuadas en cuanto al novedoso –en la función pública española pues es conocido en el ámbito comunitario– sistema de selección en dos fases que el EBFP diseña en correspondencia con una pretendida programación plurianual de los efectivos personales de la Administración. Estimándose que se trata de una opción constitucionalmente posible en manos del legislador, cuya instauración requerirá una

10. No se trata de un criterio pasado, por más que una práctica creciente tienda a relegarlo, ya que se mantiene en el artículo 4.1 del Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción profesional de los Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo.

ponderación de sus ventajas e inconvenientes, se señala en todo caso la conveniencia de reforzar las garantías y de perfilar algunos aspectos demasiado abiertos de la regulación proyectada. La seguridad jurídica impone así concretar de modo más claro la circunstancia determinante del recurso al procedimiento bifásico de selección (el Anteproyecto se refiere a cuando «así lo aconseje el elevado número de aspirantes») y transformar la convocatoria facultativa para las Administraciones Públicas de la segunda fase –ante las sombras de arbitrariedad que podrían recaer sobre la inconclusión de la selección– en una obligación de culminar, al menos con la celebración una vez, la segunda fase. Tampoco pasa desapercibido que si el mencionado procedimiento facilita la selección de personal para ciertos Cuerpos o Escalas al establecer relaciones plurianuales de preseleccionados en la primera fase, reduciendo así el número de aspirantes a la segunda, «tiene como contrapartida, con posible detrimento de los principios de igualdad, mérito y capacidad, impedir –en una suerte de discriminación temporal– la concurrencia a las pruebas de otros candidatos ajenos a la lista y que ya hayan llegado a reunir los requisitos necesarios».

En materia de clasificación de los funcionarios públicos, el Anteproyecto incorpora una reforma –de orden más bien cuantitativo y nominal– del sistema actual. En uso de la libertad de configuración que asiste al legislador en este ámbito el EBFP se propone reducir el número de grupos profesionales de los cinco actuales a cuatro –disminución relativa ya que el Grupo Tercero se desdobra en dos Subgrupos– apelando a razones de convergencia con la estructuración de la función pública en los países de la Unión Europea. No obstante, se constata que «la aproximación al menor número de grupos profesionales existentes en el funcionariado europeo no se efectúa en el anteproyecto asociando a los grupos resultantes análogos requisitos de titulación». Precisamente esa circunstancia, en especial la diferente integración del grupo superior en España por comparación con otros países europeos, plantea una problemática específica en relación a los titulados universitarios de ciclo corto (Arquitectura e Ingenierías Técnicas y, con matices diferenciales, Diplomaturas) que vienen expresando sus aspiraciones de acceder al Grupo Primero de clasificación de la función pública en España. Sin embargo, se concluye que al mantenimiento en el Anteproyecto del sistema ya existente a partir de la disposición adicional de la Ley 12/1986, de 1 de abril, sobre regulación de las atribuciones profesionales de los Arquitectos e Ingenieros Técnicos, y también en el artículo 25 de la vigente Ley 30/1984, no es oponible la tacha de que incurra en una diferenciación carente de fundamentación objetiva y razonable, esto es, de fundamentación no basada en los principios de mérito y capacidad, pues no dándose en la actualidad equiparación académica entre titulados universitarios de primer y segundo ciclo no ha de reputarse arbitraria su clasificación en distintos grupos dentro de la función pública, sin perjuicio, claro está, de que eventuales homologaciones por la autoridad educativa demandaran una revisión de la clasificación vigente para su ajuste a los referidos principios.

En el Capítulo del EBFP dedicado a provisión y movilidad destaca como novedad el reconocimiento con carácter básico del procedimiento de provisión llamado concurso específico, ya instaurado en la normativa reglamentaria estatal.

Frente a las críticas que se proyectan sobre dicho procedimiento dada su cercanía a la libre designación, el Consejo de Estado ha entendido que siempre que se prevea su utilización en los casos a que se adecue y con las garantías precisas –de las que hay muestras en su configuración por el Anteproyecto al marcar un porcentaje mínimo del 55% correspondiente a la valoración de méritos que sobrepasa así a la valoración de las aptitudes– este «tertium genus» entre el concurso de méritos y la libre designación puede representar un elemento de flexibilidad apto para superar en ocasiones la rigidez del puro concurso de méritos (que opera sobre la automaticidad en la aplicación de los baremos). Respecto de la libre designación, el dictamen es conforme con su reserva para la provisión de puestos directivos y, en cambio, estima que su previsión también para aquellos que «por la especial naturaleza de sus funciones así se establezca» permite un excesivo margen de discrecionalidad que debería limitarse refiriéndose sólo a determinados puestos como los de especial responsabilidad o de estricta confianza.

Quizás una de las ideas-fuerza presentes con mayor rotundidad en el Anteproyecto del EBFP es el intento de contribuir a la configuración de una «auténtica» carrera funcionarial fundada sobre la noción de categorías profesionales que se desvincularán en buena parte, por contraste con el sistema actual, del desempeño de puestos de trabajo de distinto nivel. Se observa que «la utilidad de la carrera administrativa así concebida no tiene como únicos beneficiarios a los propios funcionarios, que tendrán el incentivo de hacer carrera con independencia de la posibilidad de lograr concretos puestos de trabajo para ascender. También las Administraciones Públicas podrán obtener ventajas como frenar la presión que sobre sus estructuras organizativas ha generado la búsqueda de mejoras retributivas a través de la creación de nuevos puestos de trabajo en los niveles superiores». Respaldando la orientación a que responden estas previsiones, el Consejo de Estado ha subrayado que el crédito del nuevo sistema dependerá del establecimiento de bases suficientes que permitan su desarrollo y aplicación con una elemental homogeneidad en las distintas Administraciones Públicas de modo que se asegure la igualdad de condiciones entre los funcionarios de ellas. En el sistema de categorías profesionales será clave la instrumentación de sistemas de evaluación del desempeño, siendo así que el ascenso no se verificará de modo automático por la mera antigüedad sino en función de una valoración individualizada del trabajo funcionarial. Sin embargo, la parquedad que ofrece la regulación proyectada se manifiesta como «potencialmente generadora de aplicaciones desviadas, tratamientos desiguales por las Administraciones públicas y conflictividad jurídica, al haber renunciado a sentar unos mínimos principios comunes» más allá de los genéricos y abiertos criterios enunciados y, por ello, el dictamen recomienda el establecimiento por el Estatuto Básico de un denominador común de mayor entidad sobre algunos aspectos (sobre el qué, cómo y quién de la función de valoración) en prevención de distorsiones que puedan afectar a la efectividad de los principios de igualdad, objetividad, mérito y capacidad, coordinación y eficacia administrativa y seguridad jurídica.

6. La relación funcionarial aparece en la doctrina clásica administrativa como uno de los tipos paradigmáticos de relación de sujeción especial. Tal naturaleza,

que tradicionalmente la hizo susceptible de determinación y modificación unilateral con especial intensidad por el poder doméstico de la Administración, aparece hoy ciertamente tamizada por el principio de reserva de ley (además de la admisión de la negociación colectiva en la definición de algunos de sus aspectos). Los efectos de esta evolución en la concepción de dicha relación se dejan sentir, entre otras manifestaciones, en el reconocimiento por la ley de los derechos de los funcionarios públicos (cuyo catálogo tanto de derechos profesionales como colectivos es puesto al día por el EBFP) y en la regulación de la potestad disciplinaria de la Administración. En este último campo el Anteproyecto parte de que, justificándose la existencia de una potestad disciplinaria en manos de la Administración por la necesidad de protección de bienes jurídicos específicos (como el buen funcionamiento de la organización administrativa), participa en todo caso dicha potestad del fundamento común del «ius puniendi» del Estado, por lo que le es aplicable el sistema de garantías constitucionales. Apareciendo recogidos en modo aceptable, salvo alguna excepción, los principios sustantivos del régimen disciplinario y aquellos que han de informar el procedimiento disciplinario, la regulación del EBFP que se proyecta opta por un concepto restrictivo de lo básico, ciñéndose a una regulación de principios salvo en lo que se refiere a la tipificación de las faltas muy graves –cuya enunciación es objeto de actualización– y la determinación de las sanciones.

Entre las sanciones disciplinarias se introduce alguna nueva, así la inespecíficamente denominada «demérito», y subsiste como la más grave de la escala la separación del servicio, definitiva salvo rehabilitación. La rehabilitación de la condición de funcionario (regulada en el Capítulo V dedicado al comienzo y extinción de la relación de servicio) es una institución que, aunque prevista ya en diversas Leyes¹¹, se pretende introducir a través del Anteproyecto con carácter básico respecto de variados supuestos para todo el ámbito de la función pública. De perfiles particularmente delicados es el tratamiento de la rehabilitación en los casos en que la extinción de la relación de servicio proviene de la imposición de una pena de inhabilitación o de la sanción disciplinaria de separación del servicio. Además de aconsejar el dictamen el ajuste –incluso textual– de los efectos de las penas principales o accesorias de inhabilitación absoluta o especial para cargo público con el referente necesario que proporcionan los artículos 41 y 42 del Código Penal aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, merece tal tema ulteriores reflexiones por su incidencia en los requisitos exigibles para poder participar en los procesos de selección del personal funcionario y en la configuración misma de la posibilidad de rehabilitación en tales casos.

Habiendo cuestionado un sector doctrinal la constitucionalidad de la asunción por la legislación administrativa de las penas de inhabilitación en términos impeditivos (sin límite temporal) para el acceso a la función pública –en la medi-

11. Artículos 37.7 de la LFCE tras la modificación introducida por la Ley 13/1996; 138.3 y 4 del Texto Refundido del Régimen Local aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, y 380 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

da en que tales efectos no tienen cobertura en el orden penal ni derivan de la sentencia condenatoria y por su proyección como penas perpetuas proscritas por la Constitución—, el Anteproyecto de EBFP se ha inclinado por otra interpretación de signo distinto —lo que se traduce en su mantenimiento— del requisito tradicional en la legislación de funcionarios de «no haber sido separado mediante expediente disciplinario del servicio de cualquiera de las Administraciones Públicas, ni hallarse inhabilitado con carácter firme para el ejercicio de funciones públicas». Considerando éste no como un plus o prolongación de la sanción penal de inhabilitación¹² sino como elemento de idoneidad para devenir servidor público, ciertamente cabría entender que su inclusión dentro del régimen estatutario de los funcionarios se sitúa dentro del margen dispositivo propio del legislador administrativo que, respetando el principio de igualdad, puede acotar los destinatarios de la oferta de empleo público. No quedaría comprometido así propiamente el derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución, que «no establece el derecho fundamental de acceder a la función pública sino que, propiamente, se refiere al derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas con arreglo a los principios de mérito y capacidad»¹³. Aceptando la validez de estos argumentos para sustentar la corrección constitucional del referido requisito de acceso a la función pública, el Consejo de Estado ha propugnado afinar al máximo, de persistir su exigencia, la redacción del EBFP en este punto, requiriendo que se realicen las distinciones en consonancia con la diversa trascendencia penal de la inhabilitación absoluta y de la especial y también introduciendo una referencia a la rehabilitación para salvar, en los casos en que se haya concedido, la prohibición de concurrir en los procesos de selección.

El EBFP prevé un amplio campo de aplicación de la rehabilitación, que aparece —en todo caso previa solicitud del interesado— como un acto reglado para la Administración, cuando la pérdida de la condición de funcionario es consecuencia de la pérdida de la nacionalidad o a la jubilación por incapacidad permanente para el servicio, y como una potestad discrecional cuando tal pérdida ha sobrevenido en virtud de sanción disciplinaria de separación del servicio o pena de inhabilitación, una vez extinguidas las responsabilidades del funcionario. Si el Consejo no considera rechazable en sí la rehabilitación como mecanismo de readquisición de la condición de funcionario en estos últimos casos, sí que formula un juicio de oportunidad al respecto ante la injustificada discriminación que entraña el desigual tratamiento que se dispensa a la renuncia, no incluida entre los supuestos en que cabe después la rehabilitación de la condición de funcio-

12 La STS de 30 de junio de 1995 ha estimado que la eventual pérdida de la condición de funcionario por la inhabilitación no es considerable como «un plus de gravamen, más o menos relacionado con la incidencia del principio non bis in idem, puesto que su aplicación tiene lugar en el marco de una situación jurídica objetiva definida legal y reglamentariamente y en función de unos intereses específicos ajenos a los fines de la pena, que en este caso tiene su fundamento en que el período de cumplimiento comporta un paréntesis tan prolongado de inactividad en el ejercicio de la función pública que el legislador lo considera justificativo de la ruptura del vínculo».

13. Conclusión que se extrae, entre otras, de las SSTC 67/1989 y 151/1992.

nario y que obliga, pues, al renunciante para readquirirla a pasar por un nuevo proceso de selección¹⁴.

6. En materia de derechos colectivos de representación, participación y negociación colectiva y reunión de los funcionarios públicos, el Anteproyecto de EBFP parte de la situación legal preconstituida (en particular en lo que hace a la opción por un modelo de clara preferencia sindical) a partir de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas (modificada por las Leyes 7/1990, de 19 de julio, y 18/1994, de 30 de junio), y avanza en la fijación de algunos aspectos indeterminados en la legislación vigente para –según la Exposición de Motivos– corregir las disfunciones detectadas. Cabe resaltar entre las novedades más significativas en este campo la admisión de la posibilidad de crear órganos de negociación comunes para funcionarios y personal laboral y otros interdependientes entre las diferentes Administraciones o entre distintas Entidades dentro de una misma Administración Pública. Se regula por primera vez la Mesa General de Negociación de todas las Administraciones Públicas. Se determina el valor jurídico de Pactos y Acuerdos y, también, se prevé un sistema de solución extrajudicial de los conflictos colectivos entre las Administraciones y sus funcionarios a través de los procedimientos de mediación y arbitraje.

Ciertamente hay que reconocer el esfuerzo que los redactores del texto han realizado por determinar la eficacia y alcance de los Pactos y Acuerdos en que puede desembocar la negociación colectiva en el ámbito de la función pública. El Consejo de Estado ha reflexionado sobre la regulación proyectada desde la premisa –de clara resonancia constitucional– de que «la necesidad de reconocer los derechos colectivos de los funcionarios, respetando el contenido esencial de éstos de manera que sean identificables conforme a su naturaleza, ha de compaginarse con el establecimiento de peculiaridades inherentes al componente estatutario de su relación de servicio». Por eso, «el mantenimiento del requisito de la aprobación expresa y formal por los órganos de gobierno de los Acuerdos es considerado acertado (...) por más que ello permita tildar a dichos Acuerdos de convenios colectivos impropios –en tanto que necesitados de una aprobación administrativa inexistente en el ámbito laboral–». En lo que se refiere al reconocimiento de eficacia inmediata a los Pactos y Acuerdos ratificados, cuando traten de aspectos susceptibles de decisión definitiva por los órganos de gobierno, se advierte la opción por una potenciación máxima de la eficacia del resultado de la negociación, que aun no apareciendo como contraria a la Constitución en los términos en que se configura –si bien tampoco es exigida constitucionalmente– se aparta de otros

14. El dictamen de referencia advierte la vulnerabilidad del criterio en virtud del cual la rehabilitación permite al que fue inhabilitado volver a acceder directamente al ejercicio de funciones públicas, sin que no sólo no se vea obligado para ello, sino que en puridad no pueda, participar en un procedimiento selectivo, pues contrasta con el efecto que se sigue a la renuncia a la condición de funcionario por el mero hecho de su voluntariedad y que sirve para «penalizar» –al no admitirse la rehabilitación en este caso– esta causa de extinción de la relación funcional.

modelos presentes en el Derecho comparado¹⁵, en cuanto que requieren en todo caso la incorporación de los frutos de la negociación a través de normas –a modo de órdenes de ejecución– emanadas de los órganos administrativos competentes. En cuanto a los Acuerdos ratificados sobre materias sometidas a reserva de ley, esta última impide su eficacia directa pues su contenido material sólo puede ser decidido por el legislador; no obstante, el EBFP compromete con el resultado de la negociación el ejercicio de determinadas potestades públicas y, en particular, se establece que los órganos de gobierno ejercerán su potestad de iniciativa legislativa para trasladar a los Parlamentos correspondientes los resultados de la negociación a fin de que sean tramitados como proyecto de ley. En este sentido, las consideraciones del Consejo de Estado se han limitado a poner de manifiesto el alcance y la trascendencia de los efectos del sistema articulado –que, obviamente, han sido conscientemente perfilados por sus artífices a partir del Acuerdo alcanzado en la Mesa General de Negociación de la Función Pública– y a recordar que su asunción no constituye una exigencia constitucional («en ningún momento la Constitución impone una reserva de negociación colectiva en el ámbito estatutario»).

Los extremos apuntados así como otras previsiones nuevas del Anteproyecto (relativas a la prórroga, el alcance de la vigencia del contenido de los Pactos y Acuerdos una vez concluida su duración y la derogación) significan un claro estrechamiento de las potestades de fijación unilateral de las condiciones de trabajo por parte de las Administraciones Públicas y se erigen como una muestra evidente –y un paso más– de la tendencia a la aproximación entre el estatuto de los funcionarios y el de los trabajadores. En todo caso, la laboralización introducida a través de las sucesivas reformas de la legislación funcionarial en los planos organizativo y, sobre todo a partir de 1987, ordinamental, ha puesto en manos de los negociadores reconocidos recursos normativos directos que tienen gran relevancia práctica sobre aspectos de primera importancia en la relación profesional (materia retributiva, condiciones de trabajo, organización de efectivos, materia asistencial...), habiendo recordado el Consejo de Estado a tal respecto que la permeabilidad del estatuto de los funcionarios públicos por instituciones del Derecho laboral encuentra –y debe respetar de modo estricto– el límite que supone la garantía institucional¹⁶ del régimen estatutario de la función pública y sus peculiaridades previstas en la Constitución.

15. Los convenios colectivos en la función pública francesa y comunitaria requieren su incorporación a sus ordenamientos a través de normas administrativas y de directivas, respectivamente. En cambio, en Italia se reconoce su eficacia directa, opción validada por el Tribunal Constitucional frente a la opinión previamente manifestada por el Consiglio di Stato en relación a las reformas introducidas en Italia por el Decreto Legislativo 29/1993 –en sentido análogo a las que prevé el anteproyecto– y respecto de las que había expresado la necesidad de transposición de los acuerdos a una fuente reglamentaria para que adquirieran eficacia normativa erga omnes.

16. MONTORO CHINER, M. J., «Para la reforma del Empleo Público: nueve proposiciones», *Revista de Administración Pública*, núm. 136, enero-abril 1995, págs. 179 y ss. Opina esta autora que «si bien son admisibles técnicas o instrumentos del Derecho privado, no cabe admitir la sustitución de los elementos que garantizan la institución, según el citado artículo 103.3, por otros que corresponderían al Derecho privado».