

# FEDERALISMO ADMINISTRATIVO Y PRIVATIZACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO EN ITALIA

MASSIMO D'ANTONA  
*Ordinario di Diritto del Lavoro*  
*Università La Sapienza de Roma*

SUMARIO: I. EL “SIGLO BREVE” DEL EMPLEO PÚBLICO EN ITALIA. II. DESARROLLO Y CRISIS DEL EMPLEO PÚBLICO COMO ORDENAMIENTO PÚBLICO ESPECIAL. III. LA PRIVATIZACIÓN REHUSADA: LA “HIBRIDACIÓN” DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA CON EL DERECHO ADMINISTRATIVO: LA LEY MARCO N. 93 DE 1983. IV. LA PRIMERA PRIVATIZACIÓN: INNOVACIONES Y COMPROMISOS DEL DECRETO LEGISLATIVO N. 29 DE 1993. V. EL FEDERALISMO ADMINISTRATIVO Y LA SEGUNDA PRIVATIZACIÓN: LAS “LEYES BASSANINI” N. 59 Y 127 DE 1997 Y LOS DECRETOS N. 396 DE 1997, N. 80 DE 1998 Y N. 387 DE 1998. VI. LOS CARACTERES DE LA REFORMA: A) Privatizaciones de los poderes organizativos del empresario público. B) Privatizaciones de la relación de trabajo de los “dirigentes generales” del Estado. C) Traspaso de la jurisdicción al juez ordinario. D) Simplificación y descentralización del sistema de negociación colectiva. E) La nueva “distancia” normativa entre trabajo público y privado: el empleo público como laboratorio de las reformas del Derecho del Trabajo.

## I. EL “SIGLO BREVE” DEL EMPLEO PÚBLICO EN ITALIA <sup>1</sup>.

El definitivo retorno de las relaciones de trabajo en las Administraciones Públicas al cauce normativo del Derecho del Trabajo privado se ha cumplido en el curso de 1998 (Decreto Legislativo n. 386 de 1997, n. 80 de 1998 y n. 387 de 1998) noventa años después de la Ley del Gobierno Giolitti (Texto Refundido de 22 de noviembre de 1908 n. 693) que, codificando las orientaciones jurisprudenciales de la sección cuarta del Consejo de Estado, define por primera vez el Estatuto jurídico de los funcionarios civiles del Estado italiano. Si se añade que el “empleo público” ha asumido definitivamente los caracteres de un ordenamiento especial del Derecho Público, separado del Derecho del Trabajo común, con las reformas de Stefani de 1923 y la atribución a la jurisdicción exclusiva del juez administrativo de las controversias del trabajo público (Reales Decretos n. 1054 y 1058 de 1924) se puede decir, retomando una feliz imagen del histórico Hobsbawm, que la vicisitud del empleo público ha durado en Italia “un siglo breve”, que se ha abierto y cerrado en el curso del siglo XX.

El “siglo breve” del empleo público se identifica con un período histórico que ha visto —a través de la última fase del Estado liberal, los veinte años del Estado fascista y una parte de la vida de la República— el monopolio del Estado central, de su nivel de Gobierno, de su modelo de Administración (los Ministerios). No es, pues, sorprendente que se cierre en coincidencia con una reforma de amplio alcance del sistema administrativo italiano, que está reduciendo

---

1. Traducción realizada por M<sup>a</sup> José Rodríguez Ramos y Maite Igartua Miró. Profesoras de Derecho del Trabajo. Universidad de Sevilla.

el peso anormal del Estado central y exalta el papel de las Regiones, de las Provincias y de los Ayuntamientos, a través del principio de subsidiariedad. En las Leyes Bassanini (Leyes n. 59 y n. 127 de 1997) viene establecido un nexo explícito entre la definitiva superación de la especialidad del empleo público y la reforma orgánica administrativa que anticipa una transformación constitucional de orientación federal en discusión desde hace tiempo (se habla de hecho de federalismo administrativo de constitución invariable).

A través del ejercicio de las delegaciones contenidas en las "Leyes Bassanini", se están afrontando en Italia algunos temas cruciales de las reformas administrativas de nuestro tiempo: uno es la tendencial diferenciación organizativa de las Administraciones Públicas (descentralización vertical de tareas y funciones del Estado; desconcentración horizontal de los aparatos del Estado mediante la creación de agencias técnicas, autoridades independientes...); el otro es la siempre más directa orientación de la acción administrativa a los resultados y objetivos (controles de actuación; evaluaciones de resultado<sup>2</sup>; experimentaciones). Ambas tendencias se han revelado objetivamente incompatibles con el mantenimiento de un ordenamiento público especial de las relaciones de trabajo y en ello reside el nexo entre la finalización de la privatización del empleo público y el federalismo administrativo que se va realizando sobre la base de las "Leyes Bassanini". La superación de la uniformidad organizativa impuesta por el Estado central hace venir a menos una de las fundamentales justificaciones del empleo público como ordenamiento especial: su relación con presuntas exigencias comunes de la organización pública en cuanto tal. De otro lado, la orientación de la acción administrativa a los objetivos y resultados —en lugar del mero respeto formal de procedimiento— acentúa la importancia del principio de responsabilidad respecto al principio de legalidad. Las condiciones de quien (como administrador público o como dirigente) es llamado a responder de los resultados, y no sólo de la regularidad formal de la actividad de una Administración Pública, tiende a acercarse a aquélla de quien (como empleador o como dirigente) responde de la actividad de una organización privada como empresa. También bajo este punto de vista, el mantenimiento de un ordenamiento especial del trabajo público se ha demostrado objetivamente insostenible. No existiría coherencia en requerir a los administradores públicos y dirigentes una planificación por objetivos de la actividad administrativa, y después negarles el acceso a los instrumentos de gestión propios del empresario privado; y todavía menos considerarlos responsables de los resultados y después sujetarlos al control de un "juez administrador", garante del respeto formal de los esquemas de gestión "legítima", pero no responsable de la eficacia frente a los ciudadanos.

## II. DESARROLLO Y CRISIS DEL EMPLEO PÚBLICO COMO ORDENAMIENTO PÚBLICO ESPECIAL.

El retorno de las relaciones de trabajo en las Administraciones Públicas al Derecho del Trabajo privado no es, sin embargo, un acto de pura voluntad política, es el resultado de diversas y complejas concausas. La primera, ya evidenciada, es que la superación de la concentración estatalista y el carácter plural y multiorganizativo que en consecuencia van asumiendo las Administraciones Públicas hace preferible la ductilidad del régimen privado en la gestión de los recursos humanos. La segunda, también apuntada, es que la neta distinción entre política y Administración comporta una fuerte asunción de responsabilidad de los dirigentes, a los cuales está enteramente reservada

2. El autor utiliza el término inglés "performance"

la gestión, y ésta última solicita la extensión de los poderes e instrumentos de organización del trabajo propios del sector privado. No obstante, hay una tercera: los vistosos límites del modelo del empleo público, que el Derecho Administrativo italiano ha ido elaborando en el curso del "siglo breve" que ha visto la ascensión y la crisis del empleo público. No es sin razón que en ningún otro país en Derecho Administrativo se ha advertido la exigencia de una tan radical "privatización" de la relación de trabajo de los funcionarios públicos, incluidos los dirigentes de máximo nivel del Estado. Sin embargo, se ha dicho que en ningún otro país el "empleo público" ha asumido dimensiones parangonables a las de Italia, donde por efecto de la *vis atractiva* de la jurisdicción exclusiva del juez administrativo el status de dependiente público y los principios formales y sustanciales del Derecho Administrativo se han extendido más allá de los funcionarios en sentido estricto, incluyendo cualquier relación de trabajo con una Administración Pública a la que se accede por oposición para cubrir un puesto en la organización; y que en ningún otro país el ordenamiento especial público del trabajo se ha demostrado igualmente sofocante, a causa de la notable injerencia de los jueces administrativos, portadores de una cultura rigurosa de la legitimidad formal, sobre las más diminutas vicisitudes de las relaciones de trabajo y de la gestión.

Ha notado Sabino Cassese que, mientras la privatización del empleo público parece ser un proceso difuso en Europa, no en todos los países las formas son comparables a las que ha asumido en Italia. En Francia, se han mantenido las formas del sistema público, pero se han asumido los contenidos normativos del modelo privado. El empleo público se ha privatizado insertando los contenidos del Derecho del Trabajo privado en un ordenamiento que, por lo demás, ha mantenido su especialidad de Derecho Administrativo. En Inglaterra, se ha mantenido la disciplina tradicional del "civil service" pero se la ha vaciado asignando un número creciente de funciones desarrolladas desde las Administraciones Públicas a las empresas con personal contratado en régimen de Derecho privado. El empleo público no se ha privatizado, pero se ha privatizado buena parte de la Administración Pública, y se ha reducido reflejamente el ámbito del "civil service".

En Italia, la cultura del Derecho Administrativo se ha mostrado sorda a las exigencias de modernización de un modelo normativo nacido de la involución estatalista y autoritaria de la Administración italiana en la primera mitad del siglo. Una razonable "ósmosis" de principios y técnicas normativas extraídas del Derecho del Trabajo privado ha sido valerosamente contrastada desde una tradición pública visiblemente condicionada por orígenes culturales del modelo de empleo público. La "vía francesa" de la parificación de los contenidos normativos de la relación, permaneciendo invariable el diverso régimen jurídico, no ha sido nunca seriamente tomada en consideración, y tampoco se ha querido introducir la "vía alemana", sugerida por el "Rapporto Giannini", de la limitación del régimen público a los que ostenten funciones de autoridad o de efectiva representación de la Administración Pública, privatizando la relación de trabajo de todos los demás. Al inicio de los años ochenta, con la "Ley Marco" n. 93 de 1993, se ha intentado la "hibridación", insertando la negociación colectiva en el cuerpo del Derecho Administrativo, con efectos totalmente insatisfactorios y definitivo descrédito del modelo público. No ha quedado al final otro camino que aquél de imponer la tutela drástica del Derecho común, y esto ha ocurrido en un primer tiempo (con el Decreto legislativo n. 29 de 1993) con vistosos compromisos y manteniendo con carácter transitorio la jurisdicción exclusiva del Juez administrativo, para llegar a la culminación realizada en el curso de 1998 con los Decretos de actuación de las Leyes Bassanini.

### III. LA PRIVATIZACIÓN REHUSADA: LA "HIBRIDACIÓN" DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA CON EL DERECHO ADMINISTRATIVO: LA LEY MARCO N. 93 DE 1983.

Si observamos las vicisitudes históricas del "siglo breve" del empleo público no es excesivo afirmar que, si en el curso de 1998 las relaciones de trabajo con las Administraciones Públicas se han tornado en bloque al régimen privado del Derecho del Trabajo común, incluidos los dirigentes de máximo nivel y los Cuerpos profesionales (con las limitadas excepciones de la Magistratura, del Cuerpo Diplomático, de las Fuerzas de Policía y de las Fuerzas Armadas y aunque sea con carácter transitorio de los profesores universitarios), es también porque el Derecho Administrativo no ha sabido actualizar, cuando aún estaba a tiempo, el ordenamiento público esbozado en la fase final del Estado liberal y perfeccionado y extendido durante el fascismo.

Es necesario retroceder a las reformas Stefani de 1923 y a la atribución a la jurisdicción exclusiva del Juez administrativo de las controversias de Derecho Público, para encontrar las raíces del "empleo público" como ordenamiento especial, siendo su centro una relación de trabajo no contractual, caracterizada por la supremacía especial de la Administración, pero también por un fuerte conjunto de garantías individuales, sobre todo de naturaleza formal y procesal, según un modelo que, por el solo hecho de exaltar el poder normativo del Gobierno, no podía más que ligar la suerte de la clase burocrática a la benevolencia del poder político. El fascismo no tenía necesidad de depuraciones para garantizarse la neutralidad de las burocracias del Estado liberal, y por el contrario el modelo de empleo público fue extendido de forma entusiasta a los Entes públicos (comenzando por los Entes de Seguridad Social) creados por el Régimen.

En los sesenta años sucesivos a las reformas de 1923 no ha habido, con una visión conjunta, mucho más que tenaz conservación de lo existente. La caída del fascismo y la llegada en 1948 de la Constitución republicana, en la que el principio de tutela del trabajo es afirmado vigorosamente y que está provista de un catálogo articulado de derechos de rango constitucional, no ha *marcado* el "empleo público", pronto recolocado por el Juez administrativo bajo la coraza de la reserva de ley en materia de organización de los Departamentos Públicos sancionada por el artículo 97 de la Constitución ("los Departamentos Públicos son organizados según disposiciones legales de forma que se asegure el buen funcionamiento y la imparcialidad de la Administración"). Bajo esta coraza los caracteres esenciales del ordenamiento especial del empleo público —aquella mezcla de autoritarismo estatalista y garantismo paternalista que la jurisdicción exclusiva del Consejo de Estado había entretanto elevado a principios del sistema— se han conservado intactos en el paso del fascismo al ordenamiento republicano. La naturaleza no contractual de las relaciones de trabajo, la separación respecto al Derecho del Trabajo común y el dominio de las fuentes unilaterales (leyes y reglamentos) han impedido, por otra parte, en los primeros veinte años del Estado republicano que la acción sindical de los empleados públicos asumiera caracteres fisiológicos y que se desarrollase una negociación colectiva. Ha dominado en el empleo público el sindicalismo autónomo, el "*lobbismo*" para obtener del Parlamento "*leyecillas*"<sup>3</sup> de privilegio, la "*jungla retributiva*".

No han faltado naturalmente, en el curso de estos sesenta años, serias tentativas de modernización de la relación de empleo público, sea en coincidencia con cualquier programa de reformas

3. Así se expresa en el original

más amplias de la Administración pública, sea por sí mismas. Sin embargo, la alianza de los intereses favorables a la conservación de lo existente ha neutralizado cualquier tentativa: de las dos Leyes Delegadas, la de 1954 y la de 1970, que confiaban al Gobierno comprometidas reformas del empleo público, la primera ha terminado por reforzar, en el diseño orgánico del Texto Refundido de 10 de enero de 1957 n.3 sobre funcionarios civiles del Estado, el carácter separado y autorreferencial del empleo público; la segunda ha realizado una modesta reforma de la Gerencia del Estado. Ni siquiera una gran ley sobre trabajo, fuertemente impregnada de los valores constitucionales, como el Estatuto de los Trabajadores (Ley n. 300 del 1970) ha logrado ciertamente poner en duda la separación del trabajo público. Por el art. 37 de la ley n. 300 de 1970 no ha sido desmentido el carácter especial del empleo público y la subsidiariedad de la legislación laboral respecto al ordenamiento especial.

### IV. LA PRIMERA PRIVATIZACIÓN: INNOVACIONES Y COMPROMISOS DEL DECRETO LEGISLATIVO N. 29 DE 1993.

La tenaz conservación del régimen existente ha sido interrumpida, sesenta años después de la reforma de Stefani, por la "Ley Marco" sobre el empleo público (Ley n. 93 de 1983). Una reforma orgánica, hecha con leyes generales aplicables a todas las Administraciones Públicas, que establecía novedades relevantes, en coherencia con algunas tendencias evolutivas de la sociedad italiana, pero que confirmaba la naturaleza especial del empleo público e introducía también nuevos e inapreciables elementos de especialidad.

La "Ley Marco" es una respuesta (como veremos inadecuada) a la penetración de los sindicatos confederales y a la difusión de una negociación colectiva en vía de hecho, que se habían afirmado tumultuosamente en el empleo público en el curso de los años setenta; al mismo tiempo es un intento de corregir, a través de un "*centralismo normativo*" de las relaciones de trabajo confiada al Gobierno, las vistosas divergencias en los tratamientos de las diversas categorías de empleados públicos, sacadas a la luz bajo el nombre de "*jungla retributiva*".

Con la "Ley Marco" el empleo público conserva la naturaleza tradicional de ordenamiento especial y continúa sujeto a la jurisdicción del juez administrativo. Lo que cambia esencialmente es el sistema de fuentes y el papel de las organizaciones sindicales de empleados públicos. La disciplina de las relaciones de trabajo es confiada a acuerdos colectivos nacionales negociados entre una delegación del Gobierno y los sindicatos más representativos, que sin embargo no tienen una eficacia propia, porque su contenido debe ser recibido en actos administrativos (reglamentos del Gobierno) emanados por decretos del Presidente de la República. Por tanto, con la "Ley Marco" un fenómeno típico del trabajo privado como la negociación colectiva es metabolizado por el Derecho Administrativo: el convenio colectivo se convierte en un "módulo negocial" en el interior de un procedimiento administrativo que desemboca sea como fuere en un acto normativo de carácter unilateral, el reglamento del Gobierno. La negociación colectiva se "*mestiza*" con el Derecho Administrativo.

Emergen de la "Ley Marco" n. 93 de 1983 dos elementos que han influenciado negativamente la legislación y las concepciones doctrinales incluso después de la superación de ésta. El primero es la elección de concentrar en el Gobierno nacional una función de "*centralismo normativo*"

de las relaciones de trabajo con todas las Administraciones Públicas: el Gobierno nacional a través de negociaciones directas con las grandes confederaciones sindicales, adquiere un poder para determinar los aspectos económicos y normativos del trabajo público de forma centralizada y prevalece sobre cualquier ámbito de autonomía organizativa de los distintos niveles de Administración (también constitucionalmente reservados, como en el caso de las Regiones o de las Universidades). El segundo es una visión deformada de la negociación colectiva, entendida no como expresión de una capacidad negocial general de las Administraciones Públicas, sino como una fuente del ordenamiento público especial, caracterizada por un vínculo procedimental: el acuerdo previo con el sindicato. De ahí la fortuna de la técnica normativa de la “*separación por materias*” de los ámbitos de respectiva competencia de las fuentes unilaterales públicas y de la negociación colectiva (entendiendo las primeras como reservadas a la determinación unilateral de la Administración y las segundas sujetas al previo consenso sindical). De aquí la difusa percepción de la negociación colectiva pública como vínculo coasociativo.

**V. EL FEDERALISMO ADMINISTRATIVO Y LA SEGUNDA PRIVATIZACIÓN: LAS “LEYES BASSANINI” N. 59 Y 127 DE 1997 Y LOS DECRETOS N. 396 DE 1997, N. 80 DE 1998 Y N. 387 DE 1998.**

Paradójicamente, la primera Ley general sobre el Empleo Público –como tal se debe considerar la “Ley Marco” n. 93 de 1983, a diferencia de todas aquéllas precedentes que se referían a los empleados civiles del Estado y a un número variable de otras relaciones de trabajo público a éstas asimilables– ha sido también la última. La “Ley Marco”, además de los defectos de rigidez y centralización, de complejidad procedimental y de exposición a un amplio contencioso ante el juez administrativo que, concentrándose en la legitimidad del acto reglamentario de recepción del acuerdo ha terminado por exaltar el perfil público neutralizando las aportaciones privadas de la negociación colectiva, ha transformado la negociación colectiva en un negociado político institucionalizado entre el Gobierno y las grandes confederaciones sindicales, que en el curso de los años ochenta, cuando el “*partido del gasto público*” estaba firmemente en el poder y la inflación oscilaba entre dos cifras, ha dejado fuera de cualquier control el coste del trabajo de los empleados públicos.

La crisis financiera de 1992 ha creado repentina y dramáticamente las condiciones para el abandono del modelo del empleo público. La Ley de delegación del Gobierno Amato n. 421 de 1992 –que acompaña al “*bloqueo*” de las retribuciones de los empleados públicos– contiene medidas extraordinarias para controlar el gasto público. Entre éstas está la privatización del empleo público. La Ley de delegación del Gobierno Amato prevé la aplicación gradual del Código Civil y de las leyes sobre trabajo en la empresa al empleo público, la creación de una Agencia Técnica para la representación de las Administraciones Públicas en la negociación colectiva; el paso de la jurisdicción sobre las controversias de empleados públicos al juez ordinario con la entrada en vigor de la segunda renovación de los convenios colectivos. Se prevé igualmente la separación entre dirección política y gestión administrativa, ésta última confiada a los dirigentes, que asumen por lo tanto una legitimación autónoma y una responsabilidad directa por la gestión.

Con la legislación delegada (el Decreto legislativo n. 29 de 1993 promulgado por el Gobierno Amato y los sucesivos Decretos correctivos del Ministro de la Función pública Cassese, durante el Gobierno Ciampi sucesor de Amato) disminuyen los ejes de separación del empleo público

como ordenamiento público especial. La vuelta consiste esencialmente en la contractualización de la relación de trabajo (“las relaciones de trabajo están reguladas contractualmente”: art. 2) que reduce la Administración Pública a la apariencia formalmente paritaria de parte contractual. Cesa así la supremacía especial de la Administración Pública en la relación de trabajo con los propios empleados, principio fundamental de la teoría del ordenamiento especial, de la Ley Giolitti en adelante. La incorporación se produce por contrato y no en base a un acto de nombramiento. Los poderes de gestión de la relación, sin excluir la facultad de despedir, no son poderes públicos, son los poderes del empleador privado, aunque sea con algunas excepciones relevantes de las que daremos cuenta.

La abrogación del ordenamiento especial de origen público, y el paso al Código Civil y a la legislación sobre trabajo en la empresa, es, no obstante, gradual. A los convenios colectivos les está confiado un poder general de deslegalización del ordenamiento especial (que puede ser ejercitado incluso contra las normas legislativas sobrevenidas que relegislan las relaciones de trabajo “*privatizadas*”: art. 2 apartado 2 bis). Finalmente, sólo al término de la fase transitoria, con la segunda renovación de los convenios colectivos, el ordenamiento especial cesa de ser aplicable y la jurisdicción pasa al juez ordinario en funciones de juez social.

Incluso prescindiendo de la gradualidad, en esta primera privatización del empleo público, el peso de la tradición pública resulta todavía condicionante. Los puntos neurálgicos son sobre todo dos. En la ley delegante n. 421 de 1992, y después en más amplia medida en el Decreto legislativo n. 29 de 1993, la reserva de ley del artículo 97 de la Constitución viene entendida como reserva de régimen público en materia organizativa también para aspectos relativos a la gestión de las relaciones de trabajo. La privatización del empleo público resulta por tanto parcial y asimétrica: mientras la relación de trabajo asume naturaleza contractual, una parte de los poderes organizativos del empresario público permanecen sujetos al derecho especial y al control del juez administrativo. El equívoco surgido con la “Ley Marco” n. 93 de 1983 (la negociación colectiva como vínculo procedimental) se prolonga con efectos negativos: se continúa pensando que para salvaguardar la libertad de determinación del empleador público es necesario reservar la materia a fuentes unilaterales públicas y excluir formalmente la negociación colectiva. Bajo el manto de la reserva de ley es así establecida una impropia continuidad conceptual entre salvaguarda de la autonomía organizativa de la Administración Pública, exclusión formal de la negociación colectiva y régimen público de los actos relativos a la organización; con la consecuencia de que el proceso de privatización, mientras conquista cualquier otro aspecto al régimen privado del contrato de trabajo, marca el *camino* en lo referente a los poderes del empleador: en las materias organizativas en las que la Administración Pública es declarada exenta de vínculos de tipo sindical, se vuelve a proponer la primacía del Derecho Público y se conserva el control del juez administrativo sobre la legitimidad formal de los actos de gestión. Se perfila de tal modo, al final de la fase transitoria, una peligrosa superposición de jurisdicciones, ordinaria y administrativa, en la zona crucial de los poderes de organización del trabajo (aquella misma situación que la reforma de 1924 intentó corregir atribuyendo la jurisdicción exclusiva al Consejo de Estado), puesto que el criterio elegido para el reparto de la competencia jurisdiccional no consiste en la naturaleza, privatizada o no, de la relación de trabajo, sino en la naturaleza unilateral o contractual de las fuentes que producen la regla aplicable a la relación de trabajo controvertida.

El segundo punto neurálgico se refiere al control centralizado sobre la negociación colectiva, que ve al Gobierno impartir directivas a la Agencia Independiente para la Representación Negocial (ARAN) y autorizar la estipulación de convenios colectivos por cuenta de todas las Administraciones Públicas, también de aquéllas con autonomía constitucionalmente garantizada, como las Regiones, los Entes Locales o las Universidades. La autorización a la suscripción, en cuanto acto del Gobierno, solicita el control de legitimidad del Tribunal de Cuentas, que inevitablemente se extiende del acto de autorización al contenido del convenio colectivo autorizado, y además, en cuanto procedimiento administrativo, reproponer el control por el juez administrativo, que incluso el sindicato sin éxito pretendía que pasara desde el acto de autorización al convenio colectivo autorizado. En el Decreto legislativo n. 29 de 1993 el convenio colectivo es el producto final de un procedimiento con varias fases, algunas negociales y privadas, otras discrecionales y públicas.

La reforma del Decreto legislativo n. 29 de 1993 produce en suma una primera privatización del empleo público, pero limitada y de compromiso. Las relaciones de trabajo con las Administraciones Públicas asumen naturaleza contractual; se aplica el Código Civil y la legislación sobre trabajo en la empresa aunque sea gradualmente, dejando a los convenios colectivos el desmantelamiento de la normativa de naturaleza pública. Sin embargo, la permanencia del Derecho Administrativo en ámbitos como la organización del trabajo, que en la empresa no son jurídicamente relevantes porque pertenecen a la libertad negocial empresarial, obstaculiza la definitiva superación de la cultura del empleo público en el área crítica de la gestión de recursos humanos. El mantenimiento de la jurisdicción administrativa exclusiva, aunque sea en espera del fin de la fase transitoria, hace poco visibles los efectos de cambios del derecho material, dando incluso la sensación que todo ha cambiado porque nada cambia. De otra parte, no obstante, la creación del ARAN y el carácter formalmente privado de la actividad negocial, el modo en que está regulada la estructura negocial y el procedimiento hacen que la negociación colectiva continúe siendo un fenómeno centralizado, que concentra en el Gobierno nacional la competencia para determinar las reglas de ordenación de las relaciones de trabajo para todos los niveles de la Administración, en contradicción con el proceso de descentralización; un fenómeno todavía caracterizado por etapas procedimentales de naturaleza pública de las que dependen los efectos útiles del convenio colectivo, con la consecuencia que tres jurisdicciones (el juez administrativo, el Tribunal de Cuentas y el juez social al final de la fase transitoria) tienen motivos, con más o menos pretexto, para pronunciarse sobre la legitimidad de los contenidos de los convenios colectivos. En última instancia, quedan excluidos por la reforma los dirigentes generales del Estado, que constituyen un Cuerpo separado del resto, porque son nombrados por el Presidente de la República a propuesta del Gobierno, y ocupan las posiciones de máxima responsabilidad en la Administración del Estado.

## VI. LOS CARACTERES DE LA REFORMA.

Antes incluso de que la fase transitoria de la primera privatización del empleo público llegase a su fin, el comienzo, con las "Leyes Bassanini" n. 59 de 1997 y n. 127 de 1997, de una reforma orgánica de la Administración pública ha solicitado una segunda privatización del empleo público, decididamente más valiente que la precedente y que afecta incluso a los "dirigentes generales"

(dirigentes de máximo nivel del Estado nombrados por el Presidente de la República a propuesta del Gobierno) que habían sido excluidos de la primera.

La Ley n. 59 de 1997 retoma y desarrolla instancias de reforma de la Administración Pública indicadas desde hace tiempo y en parte ya trasvasadas en leyes, en particular en la Ley n. 537 de 1993, pero se coloca deseadamente sobre un terreno nuevo respecto al de la racionalización de los aparatos administrativos. El terreno preelegido por las "Leyes Bassanini" es el "federalismo administrativo", concebido como asignación a los "Gobiernos Locales" (Regiones, Provincias y Ayuntamientos) de competencias administrativas ejercitadas por el Estado que corresponden a la tutela de intereses de los Entes locales o que son de todos modos localizables en el territorio —excluidas sólo las materias taxativamente reservadas al Estado— según el principio de subsidiariedad; asignación de competencias y funciones a los Entes territoriales a los que corresponde un diseño de fuerte redimensionamiento y desconcentración de los aparatos centrales del Estado (reforma de los Ministerios). El federalismo administrativo de constitución invariable secunda un proyecto de reforma constitucional de orientación federalista que constituye uno de los puntos cruciales de la reforma propuesta por la Comisión bicameral para la reforma de la segunda parte de la Constitución. Por esto, las Leyes Bassanini y los sucesivos Decretos de delegación han podido contar con el apoyo de las fuerzas que defienden un redimensionamiento del peso político del Estado central a favor de las Regiones, de las Provincias y de los Ayuntamientos, fuerzas que durante el *iter* de la reforma han ejercitado un impulso decisivo para realizar aquella transformación del empleo público que, por vía de autorreforma, se había revelado imposible en el curso de los precedentes cincuenta años de la República.

Hay, como se ha dicho, un fuerte nexo entre el federalismo administrativo (que en el curso de 1998 se ha realizado a través de una serie de Decretos legislativos que han individualizado las funciones y las competencias administrativas que han sido transferidas del Estado a las Regiones, a las Provincias y a los Ayuntamientos), la simplificación (un nutrido paquete de medidas han eliminado formalidades inútiles, unificado y hecho más simples procedimientos importantes...) y la finalización de la privatización del empleo público. Es un nexo formal: el art. 11 de la Ley n. 59 de 1997 mandaba al Gobierno completar la privatización mediante Decretos integrativos y correctivos de las disposiciones del Decreto legislativo n. 29 de 1993 "con el objetivo de conformarlo a los principios de la presente Ley y de coordinarlo con las medidas emanadas" en actuación de las relativas delegaciones. Pero es sobre todo un nexo sustancial: la primera privatización asumía objetivos internos a la Administración Pública, como la racionalización organizativa y el control central del gasto de personal. La segunda privatización trasciende los temas de la eficacia de la Administración como aparato, y se vincula directamente a los objetivos de una reforma que inviste la relación entre el sistema administrativo, el sistema político y la sociedad. Las tendencias a las que se aludía en un principio —el carácter multiorganizativo de las Administraciones Públicas, la más directa orientación de la acción Administrativa a los resultados y objetivos, antes incluso que el respeto a normas y procedimientos, la consecuente revalorización del principio de responsabilidad, ya política ya administrativa, respeto al principio de legalidad— han investido directamente el aparato normativo del empleo público. Se han derivado aquéllos que podríamos considerar los cinco caracteres esenciales de la segunda privatización.

### A) Privatizaciones de los poderes organizativos del empresario público.

El primer carácter es la extensión de la privatización, desde el plano de la relación de trabajo y de las obligaciones fundamentales de las partes a los poderes organizativos del empleador en la actividad de gestión. Con las modificaciones aportadas al aparato originario del Decreto legislativo n. 29 de 1993 al n. 80 de 1998, la actividad de gestión es atribuida a los dirigentes (correspondiendo a los vértices políticos el poder de dirección, el encargo de tareas a los dirigentes y la valoración de los resultados) y se desarrolla “con la capacidad” y los “poderes del empleador privado”, en el ámbito externamente delimitado de las determinaciones organizativas de carácter general que quedan reservadas a las fuentes públicas (es el combinado dispuesto en los artículos 2 apartado primero y 4 apartado tercero del Decreto legislativo n. 29 de 1993 modificado por el Decreto legislativo n. 80 de 1998: los dirigentes adoptan “las determinaciones para la organización de los Departamentos y las medidas inherentes a la gestión de las relaciones de trabajo con la capacidad y los poderes del empleador privado” en el ámbito de los “actos organizativos” mediante los cuales “las Administraciones públicas definen, según principios generales fijados por disposiciones legales y, sobre la base de los mismos según los respectivos ordenamientos, las líneas fundamentales de organización de los Departamentos; individualizan los Departamentos de mayor relevancia y los modos de asignación de la titularidad de los mismos; determinando las dotaciones orgánicas en su conjunto”). Se realiza de este modo la condición que en un conocido dictamen sobre el proyecto de Decreto Legislativo n. 29 de 1993 el Consejo de Estado consideró –dialécticamente, es verdad, pero no sin razón– preliminar a cualquier privatización no meramente nominalista del empleo público: la simétrica reconducción al régimen de Derecho privado de los poderes organizativos de la Administración pública como empleador. Y se realiza gracias a la evolución de la interpretación de la extensión de la reserva de ley del artículo 97 de la Constitución, la cual –como ha sido demostrado por Orsi Battaglini bajo la estela de la enseñanza de Massimo Severo Giannini sobre la naturaleza “*neutra*” de la actividad organizativa, y confirmada por el Tribunal Constitucional, en la sentencia que ha abierto la puerta a la privatización del empleo público: Sentencia Constitucional de 25 de julio de 1996, n. 313– no equivale a reserva de régimen público, y no impide a la ley atribuir al régimen privado la actividad de gestión de los Departamentos públicos, cuando el régimen privado es considerado más en consonancia con los nuevos modelos organizativos, con la única condición de un “*equilibrado cuadro de fuentes*” (así Sentencia constitucional n. 313 de 1996, cit.) de modo que a nivel de gestión la distribución de las responsabilidades, de las garantías y de los controles resulte conforme al buen funcionamiento y compatible con la imparcialidad. Y que la unificación normativa se refiera a los poderes y no sólo a los derechos es confirmada, en el plano sistemático, por la reconducción al juez social de todas las controversias inherentes a la relación sin posterior reserva de una jurisdicción administrativa exclusiva para ciertas materias organizativas. Los poderes del empleador público son poderes contractuales, o sea de parte, y no poderes públicos; frente a aquéllos hay por tanto derechos subjetivos de los trabajadores y no intereses legítimos que presuponen la actividad encaminada al interés público, derechos subjetivos cuya tutela puede ser exhaustivamente obtenida ante el juez social.

### B) Privatizaciones de la relación de trabajo de los “dirigentes generales” del Estado.

La segunda característica es la privatización de la relación de trabajo de los “dirigentes generales”, hasta hoy nombrados por el Presidente de la República a propuesta del Gobierno y la superación de la tradicional disciplina de status que los hacía prácticamente inamovibles. La privatización de la relación de trabajo conlleva, para los dirigentes del Estado, una nueva articulación entre la relación de trabajo (fundada sobre un contrato de trabajo) y la titularidad del Departamento (la misión directiva). La responsabilidad política requiere que el Gobierno goce de una efectiva libertad de elección para conferir misiones de alta dirección del Estado de las que dependen materialmente las actuaciones de la dirección política; pero la separación entre política y gestión implica también que el dirigente, con funciones de alta dirección, esté garantizado frente a condicionamientos políticos y valorado objetivamente en base a los resultados de su gestión. El esquema, alternativo al “*status*”, de la misión directiva a término, que preserva la duración indeterminada del contrato de trabajo y las necesarias garantías de autonomía del dirigente, es coherente con el principio de separación entre política y Administración.

### C) Traspaso de la jurisdicción al juez ordinario.

La tercera característica es la elección, finalmente no equivocada, de hacer del juez ordinario el juez exclusivo de las relaciones de trabajo público “*privatizadas*”, exclusiva en el sentido de que el trabajador puede obtener del juez ordinario, también cuando una de las partes de la relación de trabajo es la Administración Pública, “*todo aquello y justamente aquello*” que es necesario para satisfacer la demanda de tutela. El Decreto legislativo n. 80 de 1998 atribuye al juez social la tutela de derechos sea como fuere inherentes a la constitución, al desarrollo y a la extinción de la relación de trabajo, con el poder de adoptar frente a las Administraciones Públicas todas las medidas, constitutivas, de aseguramiento y de condena “requeridas por la naturaleza de los derechos tutelados”, sin que sea relevante la eventual incidencia de un procedimiento administrativo, que puede ser inaplicable si ilegítimo, y sin que la impugnación del mismo en sede administrativa justifique la suspensión del proceso (art. 68 del Decreto legislativo n. 29 de 1993 modificado por el Decreto legislativo n. 80 de 1998).

Por otra parte ninguna formulación técnica de la atribución de la jurisdicción al juez ordinario habría evitado conflictos de jurisdicción con el juez administrativo, si el Decreto legislativo n. 80 de 1998 no hubiese ejecutado contemporáneamente el paso que la primera privatización no había osado, calificando expresamente la actividad de gestión del empleador público como actividad privada, no funcionalizada y por tanto jurídicamente irrelevante, salvo los límites derivados de los derechos subjetivos de los trabajadores. La reconducción de los actos de gestión del empleador público al régimen de la actividad privada, no funcionalizada y jurídicamente irrelevante, elimina de hecho del horizonte de las controversias de trabajo con las Administraciones Públicas, con pocas excepciones, la disposición administrativa y, sin excepciones, el interés legítimo del trabajador frente a los poderes del empleador público. Es una verdadera y propia revolución conceptual, después de sesenta y cinco años de jurisdicción exclusiva del Consejo de Estado, las implicaciones principales son que, más allá de los actos organizativos reservados a fuentes públicas por el art. 2 apartado primero del Decreto Legislativo n. 29 de 1993, la actividad

de gestión es expresión de capacidad del Derecho privado; que, en consecuencia, los actos de gestión son actos negociales y no disposiciones; y que, recíprocamente, los derechos subjetivos de los empleados públicos no pueden ser degradados en ningún caso a intereses legítimos en actos de gestión, porque en el ejercicio de los poderes del empleador la Administración Pública es parte y no autoridad; y en definitiva que frente a los actos organizativos generales de régimen público ex art. 2 apartado primero del Decreto Legislativo n. 29 de 1993 modificado y a otros eventuales actos que son adoptados por la Administración pública en el ejercicio de una potestad (y por tanto no con los poderes del empresario, que son poderes contractuales), los empleados públicos no tienen acción frente al juez administrativo, dado que su posición jurídica es tutelable de modo exhaustivo ante el juez ordinario, que puede inaplicar, cuando sea necesario, el acto público que lesiona los derechos de los empleados.

#### D) Simplificación y descentralización del sistema de negociación colectiva.

La cuarta característica es la detallada reglamentación de los sujetos, de las formas y de los efectos de la negociación colectiva (art. 45 y siguientes en el texto modificado del Decreto legislativo n. 29 de 1993), que en apariencia legaliza materias que en el sector privado el Derecho del Trabajo común deja a la autonomía de las partes. En realidad, aquella detallada reglamentación tiene el alcance de adecuar, a algunos caracteres específicos del sistema administrativo, los institutos del Derecho del Trabajo común.

De hecho ésta apunta en primer lugar a hacer normativamente coherente la descentralización del sistema contractual con el proceso paralelo de descentralización del sistema administrativo. Algunos aspectos relevantes de la reforma del sistema contractual en el Decreto legislativo n. 396 de 1997 se refieren concretamente a los mecanismos de *check and balance* que deberían hacer compatibles los resultados de una actividad contractual efectivamente autónoma con los vínculos financieros que gravan sobre el sistema de las Administraciones públicas, tanto a nivel de gasto público nacional, cuyos pasos se encaminan unitariamente al pacto de estabilidad sobre el que reposa la Unión Económica y Monetaria, como respecto a la programación financiera de cada Ente. Para equilibrar descentralización, autonomía y control, las medidas de reforma innovan profundamente el equilibrio precedente: a) La representación negociada de todas las Administraciones públicas continúa siendo ejercitada *ope legis* por una Agencia Técnica Independiente (el ARAN), pero las Administraciones públicas de varios Departamentos dando vida autónomamente a Organismos de coordinación (los comités de sector) imparten órdenes a la Agencia y expresan un parecer vinculante sobre el proyecto de acuerdo antes de la suscripción definitiva. b) El procedimiento de autorización gubernativa a la suscripción es suprimido y el control de legitimidad del Tribunal de Cuentas sobre los convenios colectivos nacionales es sustituido por una verificación previa, mediante un informe sobre la importancia de los costes cuantificados por el ARAN y de la compatibilidad con los vínculos financieros públicos nacionales enunciados en los instrumentos de programación y balance (Dpef; resoluciones de finanza pública; ley tributaria). c) Cada Administración puede activar un segundo nivel de negociación colectiva con carácter integrativo, a cargo de los propios presupuestos, pero con respeto de los criterios y de los límites que pueden ser fijados, con efectos inderogables, por el convenio colectivo nacional.

En segundo lugar, la nueva disciplina de la negociación colectiva intenta hacer compatible la regulación por vía negociada de los equilibrios salariales y normativos de la relación de trabajo con los procedimientos de predeterminación de los costes financieros y con los vínculos de legalidad e imparcialidad que las Administraciones Públicas deben observar (y que los empresarios privados no conocen). En función de tal exigencia, el principio consensual que domina la negociación colectiva en el sector privado viene corregido por la ley bajo diversos perfiles y ello determina una institucionalización legal del sistema negociado que no tiene parangón en el Derecho del Trabajo común:

a) Los convenios colectivos de las Administraciones Públicas son contratos privados pero "nominados", y no "de Derecho común", porque la ley disciplina sujetos, modalidades de constitución y efectos jurídicos. Las partes son individualizadas a nivel nacional en base a criterios legales preconstituidos (el ARAN como representante negociado *ope legis* y los sindicatos que tienen los requisitos mínimos de representatividad); la estructura negociada prevé dos niveles necesarios, nacional y de Entes y Administraciones singulares, y hace inderogables las relaciones de jerarquía entre uno y otro; y finalmente las relaciones entre las partes permanecen estables por la presencia de obligaciones de negociar (partiendo de que ambas partes son libres, como reflejo lógico de la naturaleza paritaria y disyuntiva de la relación entre ellas, de alcanzar o no acuerdos).

b) A los sindicatos se les garantiza la participación en la negociación colectiva nacional en proporción a su representatividad, medida por índices objetivos de consenso (el número de afiliados y de los votos en la elección de órganos unitarios de representación en los centros de trabajo, con un umbral mínimo del 5% para ser admitidos a las negociaciones y con la aplicación de la regla mayoritaria, referida a la representatividad que comprende a los sindicatos que se adhieren al proyecto de acuerdo, para la válida suscripción de los convenios colectivos). Ya el art. 2 apartado primero letra b) de la Ley n. 421 de 1992, expresamente invocado por el art. 11 apartado 4 de la Ley n. 59 de 1997, requería la fijación de criterios en materia de representatividad sindical "a los fines de la negociación colectiva compatibles con las normas constitucionales". La derogación por referéndum del art. 47 del Decreto legislativo n. 29 de 1993 ha abierto un "cráter" que ha culminado con el Decreto legislativo n. 396 de 1997 con soluciones técnicas que retoman del artículo 39 de la Constitución el criterio proporcional y la medida de la representatividad en base a la adhesión expresa de trabajadores (los afiliados, aquí ponderados con los votos), no parece suscitar dudas de "compatibilidad" con la norma constitucional. La garantía de participación en la negociación colectiva en proporción a la representatividad ofrecida a los sindicatos es de hecho doble. El alcance del umbral mínimo de representatividad atribuye el derecho de negociar (y la facultad de adherirse o no al proyecto de acuerdo, sin que el eventual desacuerdo tenga ninguna consecuencia sobre la titularidad de los derechos sindicales, que es de todos modos asegurada al alcanzar la representatividad mínima). Además, para concluir las negociaciones el ARAN necesita la adhesión de una coalición de sindicatos que representen al menos el 51% como media entre afiliados y votos o el 60% de los votos, y en esta valoración cada sindicato cuenta en proporción a la propia representatividad.

En el sector privado, como es sabido, las relaciones negociales no están reguladas en normas con rango de ley. La propia existencia de relaciones negociales estables depende de una elección voluntaria de las partes y la institucionalización de un sistema negociado a dos niveles, a partir

del Protocolo de 23 de julio de 1993, está a su vez fundada sobre un pacto sometido a verificación periódica (el equilibrio negocial previsto por el Protocolo de 23 de julio de 1993 ha sido confirmado con el "Pacto social para el desarrollo y el empleo de 22 de diciembre de 1998"). Todavía está más marcada la diferencia por lo que se refiere a medidas y relevancia de la representatividad sindical. La representatividad a los fines de los derechos sindicales en los centros de trabajo (después del referéndum que *ha amputado* el artículo 19 de la Ley n. 300 de 1970) en el sector privado se alcanza *ex post* del dato empírico de la efectiva participación en la negociación colectiva, participación que por tanto no está nunca garantizada por la ley a los sindicatos cualquiera que sea su representatividad, pero es, por el contrario, la única demostración posible de representatividad y la condición necesaria para obtener tutela en los lugares de trabajo en las formas previstas por la Ley n. 300 de 1970. De las relaciones de fuerza o también de las elecciones no censurables de los empleadores y de sus asociaciones depende la admisión a las negociaciones y la propia conclusión de los convenios colectivos, no estando impedido en línea de principio a los empleadores privados firmar acuerdos "separados" solamente con algunos de los sindicatos que negocian y tampoco escoger interlocutores sindicales con escasa o ninguna representatividad (la invención del criterio legal de "los convenios colectivos estipulados por sindicatos comparativamente más representativos", como filtro para el acceso a beneficios condicionados a la aplicación de los convenios colectivos, ha nacido precisamente de la experiencia de los así llamados "*convenios piratas*", suscritos por partes colectivas privadas de efectiva representatividad sea de un lado o de otro, y sin embargo válidos y eficaces *inter partes* como cualquier otro acto de autonomía negocial).

#### **E) La nueva "distancia" normativa entre trabajo público y privado: el empleo público como laboratorio de las reformas del Derecho del Trabajo.**

La última y quinta característica es el carácter transitivo de las reformas: entre público y privado discurren hoy comunicaciones en una dirección inversa de la tradicional. La segunda privatización del empleo público se ha revelado como un verdadero y propio laboratorio de experimentación para el Derecho del Trabajo en su conjunto. En relación a algunos temas importantes, como el tratamiento normativo de los convenios colectivos o la disciplina de la representatividad sindical o las formas de resolución de las controversias de trabajo alternativas a la jurisdicción, los Decretos legislativos n. 396 de 1997 y n. 80 de 1998 adoptan soluciones técnicas avanzadas, que consideradas individualmente no son más que elementos constitutivos de una reforma completa del Derecho del Trabajo italiano hace tiempo pronosticada.

No obstante, p.ej., por el hecho de que sólo en el sector público, por ejemplo, los convenios colectivos son "nominados", que el sistema negocial es institucionalizado por la ley y que se aplica el principio de proporcionalidad en materia de representatividad sindical, la tradicional "distancia" normativa entre empleo público y privado parece reproducirse. Por más que marcada, la distancia no crea disparidad de tratamiento injustificada: reflejan una diversidad de situaciones, objetiva y jurídicamente palpable entre empleadores públicos y privados y tiende esencialmente, como se ha dicho, a hacer compatibles los institutos fundamentales del Derecho del Trabajo común con las condiciones específicas en las que operan los primeros respecto de los segundos. Algunos han subrayado la contradicción entre privatización y producción de ulteriores normas

legislativas: para privatizar se terminaría por volver a legislar. Aparte de la consideración de que el nuevo texto del Decreto legislativo n. 29 de 1993 es más árido que el precedente, la contradicción es verosímil. Las normas especiales introducidas por recientes medidas de reforma no reproducen la especialidad del Derecho público. Es precisamente la emancipación del Derecho especial del sujeto público (el Derecho especial de la autoridad y del vínculo del fin) y la reducción de la Administración pública a la posición formalmente paritaria de parte empresarial, lo que demanda la producción de reglas ad hoc, cuyo alcance es garantizar que los institutos fundamentales del Derecho del Trabajo común operen sin distorsiones en las condiciones específicas de las Administraciones Públicas que actúan como empresario a través del Derecho privado, pero en ausencia de mercado, sin fines de lucro y con el vínculo de la misión pública en función de la que vienen instituidos por la ley. Para retomar una imagen feliz de lo "público como sujeto" se ha llegado a lo "público como regla": de sujeto público, que *penetra* por sí la relación de trabajo imponiendo el desnivel de la autoridad, a la regla que, sin alterar la relación paritaria y privada entre empleador público y sus empleados, preserva las condiciones de funcionamiento de los aparatos públicos financiados con los recursos de la colectividad.