

L'accés dels estrangers no comunitaris
a la funció pública local:
un canvi cap a la igualtat

Francesc Consuegra

PUNT DE VISTA
8

L'accés dels estrangers no comunitaris
a la funció pública local:
un canvi cap a la igualtat

Francesc Consuegra

Secretari General
de l'Ajuntament de Santa Perpètua de la Mogoda

PUNT DE VISTA

8

La Fundació Carles Pi i Sunyer no comparteix
necessàriament les opinions expressades pels autors
que col·laboren en les seves publicacions.

Revisió de textos:
Tamyko Ysa
Eva Garrido

© de la edició: Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis
Autonòmics i Locals
Barcelona, maig de 2000

Dipòsit legal núm.:
ISBN: 84-95417-05-7

CONTINGUTS

1. Introducció
2. Situació amb la Llei orgànica 7/1985, d'1 de juliol, dels drets i llibertats dels estrangers a Espanya
3. Situació a partir de l'any 2000
4. Perspectives de futur

EL AUTOR

Francesc Consuegra i Giner (Barcelona, 1962) és llicenciat en Dret per la Universitat de Barcelona i Secretari de l'Administració Local des de 1989. Actualment és Secretari General de l'Ajuntament de Santa Perpètua de la Mogoda. (Direcció electrònica: consuegragf@stperpetua.diba.es).

Des de juliol de 1998 és Secretari del consorci públic Xarxa Local de Promoció Econòmica, Formació i Ocupació.

Ha realitzat el Postgrau sobre "Dret immobiliari i urbanístic" (1995) a la UPF i el Postgrau "El Magrib actual i els reptes del futur" (1997) de la UAB.

1. INTRODUCCIÓ

Invertint la tendència que havia estat tradicional al nostre país, la immigració s'ha anat configurant com un fenomen emergent en els darrers anys. Aquest fenomen sociològic, ha tingut també el seu reflex en el camp normatiu. Així, encara és recent el viu debat del procés d'aprovació de la nova llei d'estrangeria, tan viu que fins i tot sembla que aquesta norma serà objecte d'una nova modificació, quan amb prou feines ha donat els seus primers passos.

Com veureu, el títol del text fa referència a l'accés dels estrangers a llocs de treball a l'Administració pública local. Malgrat aquest enunciat, em centraré bàsicament en els ciutadans estrangers no comunitaris, ja que pel que respecta als ciutadans de la Unió Europea, tant l'evolució històrica com la situació actual, des del punt de vista normatiu, és molt més clara i molt propera a la igualtat de drets amb els espanyols, motivant nombrosa jurisprudència de tot ordre i abundants aportacions doctrinals.

Hem d'entendre l'evolució experimentada per aquesta matèria, en una direcció similar a la seguida en el terreny de l'equiparació de drets entre ciutadans estrangers no comunitaris i ciutadans espanyols, si bé al tractar-se d'una matèria sobre la qual no hi hagut masses aportacions, l'evolució no ha estat tant nítida.

A partir de l'article 13 de la Constitució, que assenyala que els estrangers gaudiran a Espanya de les llibertats garantides en el Títol I, és a dir el referent als drets i deures fonamentals, en els termes establerts als Tractats i a la Llei, i que només els espanyols seran titulars dels drets reconeguts en l'article 23, referent al sufragi i a l'accés a càrrecs públics, trobem la Llei Orgànica 7/1985, d'1 de juliol, dels drets i llibertats dels estrangers a Espanya (més coneguda com a Llei d'estrangeria). El règim d'equiparació amb els ciutadans espanyols és força restrictiu, però és l'evolució de la jurisprudència del Tribunal Constitucional qui va introduint majors cotes d'igualtat, com a resultat, per altra banda, d'una constant pressió social. Així la Sentència 115/87, anul·la diversos preceptes de la Llei i introdueix nous elements interpretatius, en una línia d'equiparació tímida dels drets i les llibertats, constituint el primer punt d'inflexió.

Aquest marc de progressiva equiparació de drets, culmina amb l'aprovació de la Llei Orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, envoltada d'una viva polèmica política i social. En aquest nou marc normatiu, la igualtat de drets entre els diferents ciutadans residents a l'Estat espanyol es veu clarament reforçada.

És en aquesta línia que faig una aposta clara pel reconeixement de la igualtat de drets pels estrangers no comunitaris en l'accés a llocs de treball a l'Administració pública. És en aquest mateix sentit que ha avançat la nostra legislació.

Però no és només des d'aquesta òptica, que parteix d'un posicionament ètic igualitari, que hem de defensar l'accés amb igualtat dels estrangers a llocs de treball a l'Administració. També des del punt de vista de l'interès prestacional dels ens públics, disposem d'arguments avui clarament

emergents, si més no en l'àmbit bcal, àmbit al qual em referiré bàsicament en aquest treball. En determinats sectors de personal de l'Administració, la possibilitat d'accés de ciutadans estrangers, pot obrir un ventall de major concurrència i, per tant, de majors expectatives de qualitat. Penso en sectors de baixa qualificació acadèmica, és a dir els grups E, i en l'altre extrem, és a dir professionals altament qualificats i especialitzats, en llocs de treball relacionats amb els ensenyaments artístics, amb les noves tecnologies, amb el camp de la ciència, etc. I això, evidentment, sense excloure els altres sectors, en els quals potser els ciutadans estrangers tindrien majors dificultats i que compten amb una ja elevada concurrència entre els ciutadans espanyols.

2. SITUACIÓ AMB LA LLEI ORGÀNICA 7/1985, D '1 DE JULIOL, DELS DRETS I LLIBERTATS DELS ESTRANGERS A ESPANYA

És a partir d'una interpretació restrictiva dels articles 13.2 ("*Només els espanyols seran titulars dels drets reconeguts en l'article 23, llevat que, amb criteris de reciprocitat, fos establert per tractat o per llei per al dret de sufragi actiu i passiu en les eleccions municipals.*") i 23 de la Constitució ("*1. Els ciutadans tenen el dret a participar en els afers públics, directament o per mitjà de representants lliurement elegits en eleccions periòdiques per sufragi universal. 2. Tenen també el dret d'accedir en condicions d'igualtat a les funcions i als càrrecs públics, amb els requisits que les lleis assenyalin.*") i de l'article 5.1 de l'antiga Llei d'estrangeria ("*Els estrangers no podran ser titulars dels drets polítics de sufragi actiu o passiu ni accedir a càrrecs públics o que impliquin exercici d'autoritat.*"), que la majoria d'Administracions locals, neguen l'accés a llocs de treball de caràcter laboral als ciutadans estrangers no comunitaris. Aquesta interpretació neix d'una equiparació errònia del terme *càrrec públic* amb l'ocupació de qualsevol lloc de treball a l'Administració. Al respecte, cal tenir en compte que el terme *càrrec públic* abasta dues accepcions: l'una referida a l'exercici d'un càrrec de representació política i l'altra a la de l'exercici de la funció pública. En aquesta darrera no es pot incloure el personal laboral al servei de les Administracions Públiques, fent una interpretació tant restrictiva a l'exercici d'un dret constitucionalment reconegut com és el dret al treball, ja que així d'haver-ho volgut el legislador, n'hauria d'haver fet una al·lusió expressa.

Fins i tot de la lectura de la pròpia Llei, es pot despendre que és possible l'accés dels estrangers a llocs de treball en règim laboral a l'Administració Pública, quan en el seu article 16, que fa referència a les excepcions a l'obligació de disposar de permís de treball, inclou entre aquestes:

*"... Els tècnics i científics estrangers invitats o contractats per l'Estat.
Els professionals estrangers invitats o contractats per una universitat espanyola..."*

Veiem, per tant, com la Llei contempla de manera indirecta, la possibilitat de contractació laboral d'estrangers per part de l'Estat i de les Universitats, deixant oberta, al meu parer, la porta a una interpretació més àmplia i alhora més respectuosa amb els drets dels ciutadans estrangers, extensible a la resta de supòsits i a la resta d'Administracions Públiques, ja que significaria la manca d'una interdicció legal.

Pel que respecta a la jurisprudència, en aquesta matèria és pràcticament nul·la, però són de destacar dues sentències ben paradigmàtiques: l'una de la Sala del Social del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i l'altra de la Sala del Social del Tribunal Superior de Justícia d'Andalusia (Màlaga). Com més endavant podrem veure, les interpretacions que en ambdues resolucions es posen de manifest, són radicalment oposades: mentre una reconeix la possibilitat que un estranger no comunitari tingui accés a un lloc de treball en règim laboral a l'Administració Pública, l'altra ho nega de forma taxativa.

En aquest sentit, la Sentència núm. 286/1998, de 14 de gener, de la Sala del Social del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, assenyalava que

"La resolución recurrida desestima la demanda al considerar que la trabajadora accionante no puede ganar la condición de trabajadora laboral fija del organismo público demandado, porque es de nacionalidad andorrana y esta circunstancia la inhabilita para el ingreso por esta vía en la función pública..."

el requisito de ostentar la nacionalidad española no sólo es de aplicación al acceso a la función pública bajo la condición de funcionario, sino que también debe entenderse aplicable al ingreso en la misma como contratado laboral de carácter indefinido, pues el art. 19.1.º de la Ley 30/1984, expresamente se refiere a la relación funcionarial y a la laboral cuando alude a los procesos de selección de personal por las Administraciones Públicas, sin hacer distinciones entre una y otra clase de empleados públicos.

*Y si bien esta circunstancia puede entenderse no exigible para prestar servicios como contratada laboral de carácter temporal en las dependencias que el Organismo demandado tiene en territorio andorrano, que duda cabe que **ha de considerarse requisito ineludible para ingresar como empleada pública de forma indefinida en este Organismo**, puesto que el permiso de trabajo es condición ineludible para prestar servicios en territorio español y de ello no están exentos los ciudadanos andorranos, pese a la preferencia que en tal sentido les otorga el art. 18.3.º letra f) de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 julio...no hay identidad alguna entre la situación jurídica de un trabajador que ostenta la nacionalidad española y la de un trabajador extranjero al que el ordenamiento laboral exige ostentar unas determinadas condiciones y requisitos para prestar servicios laborales en España, lo que se acentúa aún más cuando se trata del ingreso en la función pública por cuenta de un Organismo del Estado para lo que se requiere un plus de idoneidad sobre cualquier otra prestación de servicios laborales por cuenta de empresas particulares, que obviamente no reúne la trabajadora demandante."*

En canvi la Sentència núm. 1550/1998, de 10 de juliol, de la Sala del Social del Tribunal Superior de Justícia d'Andalusia (Màlaga) disposa que

*"Efectivamente el artículo 5-1 de la referida Ley 7/1985 establece que los extranjeros no podrán ser titulares de los derechos políticos de sufragio activo o pasivo ni acceder al desempeño de cargos públicos o que impliquen ejercicio de autoridad. Ahora bien, la Sala considera que la prestación de servicios como ayudante técnico sanitario en un centro penitenciario, exclusiva función realizada por la actora, en modo alguno puede equipararse al desempeño de un cargo público, ni mucho menos lleva consigo el ejercicio de autoridad. **Sostener la tesis contraria sería tanto como admitir que los ciudadanos extranjeros en ningún caso pueden prestar servicios para la Administración Pública, lo que estimamos no es voluntad del legislador**, el cual lo que pretende con dicho precepto es vetar a los extranjeros el acceso a las tareas de gestión y protección de intereses generales normalmente conectados con el ejercicio de la soberanía estatal, o lo que es lo mismo una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de las Administraciones Públicas."*

Considero que les sentències es comenten per sí soles i són una mostra ben evident de la confusió existent i de les postures radicalment contradictòries plantejades.

També durant aquest mateix període es produeix l'entrada d'Espanya a la Comunitat Econòmica Europea, amb la qual cosa es planteja també, en el marc de la lliure circulació de treballadors en

aquest nou espai comú que entrà en vigor l'1 de gener de 1992, l'accés dels ciutadans de la Comunitat a llocs de treball a l'Administració Pública. Malgrat que el Tractat constitutiu de la Comunitat Europea exclou de l'àmbit d'aquesta lliure circulació, els llocs de treball a l'Administració, el Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees interpreta aquesta exclusió en un sentit estricte, entesa només pel que respecta a ocupacions que impliquen una participació directa o indirecta en l'exercici de poder i en les funcions relacionades amb la defensa dels interessos generals de les Administracions.

La Llei 17/1993, de 23 de desembre, d'accés a determinats sectors de la Funció Pública dels nacionals dels demés Estats membres de la Unió Europea, reconeix la igualtat entre ciutadans espanyols i ciutadans comunitaris, pel que fa a la possibilitat d'accés a determinats llocs de treball a l'Administració Pública, en règim laboral i en règim funcionarial, amb les úniques limitacions a les que abans hem fet referència. En el mateix sentit es pronuncia el Decret núm. 389/1996, de 2 de desembre, pel qual es regula l'accés dels ciutadans dels estats membres de la Unió Europea a la funció pública de l'Administració de la Generalitat, aplicable també a les universitats catalanes i a les Administracions locals de Catalunya.

3. SITUACIÓ A PARTIR DE L'ANY 2000

L'entrada de l'emblemàtic any 2000, ha vingut acompanyada d'importants novetats en la matèria objecte d'aquest treball, totes elles adreçades a avançar de manera significativa en el camí de la igualtat de drets.

En primer lloc i malgrat que, com ja hem dit amb anterioritat, la situació dels ciutadans de la Unió Europea no centrarà aquestes línies, és important destacar la novetat introduïda per la Llei 55/1999, de 29 de desembre, de Mesures fiscals, administratives i d'ordre social que, en el seu article 37.1, modifica l'article 1 de l'abans esmentada Llei 17/1993, de 23 de desembre, de manera que queda redactat de la següent forma:

"1. D'acord amb el dret comunitari, els nacionals dels demés Estats membres de la Unió Europea podran accedir en igualtat de condicions que els espanyols a totes les ocupacions públiques, excepte que impliquin una participació directa i indirecta en l'exercici del poder públic i es tracti de funcions que tenen per objecte la salvaguarda dels interessos de l'Estat o de les Administracions públiques.

2. L'establert en l'apartat anterior serà tanmateix d'aplicació al cònjuge dels espanyols i dels nacionals d'altres Estats membres de la Unió Europea, sempre que no estiguin separats de dret, així com als seus descendents i als del seu cònjuge, sempre que no estiguin separats de dret, menors de 21 anys o majors d'aquesta edat que visquin al seu càrrec. Igualment, s'extindrà a les persones incloses en l'àmbit d'aplicació dels Tractats internacionals celebrats per la Comunitat Europea i ratificats per Espanya, en els que sigui d'aplicació la lliure circulació de treballadors.

3. El Govern o, en el seu cas, els òrgans corresponents de les Comunitats Autònomes o de les demés Administracions públiques determinaran, en l'àmbit de llurs respectives competències, els Cossos, Escales, places, ocupacions o llocs als quals no puguin accedir els nacionals dels demés Estats membres de la Unió Europea "

Si bé amb aquesta modificació, s'incorpora a la norma espanyola el dret comunitari, es plantegen alguns dubtes que, a l'hora de la seva aplicació pràctica poden provocar situacions conflictives, com per exemple l'acreditació de "... que visquin al seu càrrec", o si la pèrdua sobrevinguda d'algunes de les condicions subjectives i conjunturals comportarà la pèrdua de la condició de funcionari (què passarà, per exemple, quan un descendent major de 21 anys i que vivia a càrrec d'algun dels seus progenitors, espanyol o de la Unió Europea, accedeixi a un lloc de treball a l'Administració Pública?, ja que aleshores s'entendrà que des d'aquell mateix moment deixarà de viure a càrrec de ningú. Haurà de ser cessat de manera fulminant i perdrà la seva condició de funcionari gairebé al mateix temps que n'adquireix aquesta condició?). En aquest sentit no oblidem que la pròpia Llei 55/1999, en el seu article 37.2 modifica l'article 3 de la Llei 17/1993, de 23 de desembre, afegint un segon paràgraf amb el següent contingut:

"Tanmateix, la pèrdua de qualsevol dels requisits que, conforme al que disposa l'apartat 2 de l'article 1 de la present Llei, habiliten per a l'accés a l'ocupació pública en igualtat de condicions amb els espanyols, donarà lloc a la pèrdua de la condició de funcionari de carrera, a no ser que l'interessat compleixi algun altre dels requisits previstos en l'esmentat

apartat".

Però la novetat més important, o si més no la que més vull destacar, és la que ve a introduir la nova llei d'estrangeria, és a dir la Llei Orgànica 4/2000, d '11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social. El text del seu article 10.2 no deixa lloc a dubtes i equipara, per fi i en el terreny laboral, als estrangers no comunitaris i als espanyols, pel que fa al seu dret d'accés a llocs de treball a l'Administració Pública:

"Els estrangers podran accedir com a personal laboral al servei de les Administracions Públiques, d'acord amb els principis constitucionals d'igualtat, mèrit, capacitat i publicitat. A tal efecte, podran presentar-se a les ofertes públiques d'ocupació que convoquin les Administracions Públiques."

L'únic dubte que fins ara em planteja aquesta nova regulació, és si l'obligació que els ciutadans estrangers tenen, de disposar del corresponent permís de residència i permís de treball, operarà com a requisit per a participar en el procés selectiu que correspongui, o si ho farà com a requisit previ al nomenament o a la presa de possessió en el seu càrrec. Jo m'inclino més aviat per aquesta darrera postura, ja que l'obtenció dels esmentats permisos és condició *sine quae non* per a l'inici de l'activitat per compte aliè i, per tant, és en aquest moment, és a dir el de la presa de possessió i de la formalització del contracte de treball, en què aquest requisit ha d'operar, no pas abans.

Per tant, la situació actual configura un triple règim pel que respecta al dret d'accés a llocs de treball a l'Administració Pública, des del punt de vista de la nacionalitat dels subjectes:

- a) Els **ciutadans espanyols**, que poden accedir a tots els llocs de treball, tant en règim funcional com laboral.
- b) Els **ciutadans de la Unió Europea** i les persones incloses en l'àmbit d'aplicació dels Tractats internacionals celebrats per la Comunitat Europea i ratificats per Espanya, en els que sigui d'aplicació la lliure circulació de treballadors, que poden accedir a tots els llocs de treball, com a funcionaris i com a laborals, amb l'excepció d'aquells llocs que impliquin una participació directa i indirecta en l'exercici del poder públic i es tracti de funcions que tenen per objecte la salvaguarda dels interessos de l'Estat o de les Administracions públiques.
- c) Els **ciutadans estrangers no comunitaris**, que poden accedir només a llocs de treball en règim laboral.

4. PERSPECTIVES DE FUTUR

No crec que l'estatus adquirit fins ara pels ciutadans no comunitaris, pel que respecte a llur accés a l'ocupació pública, pugui patir una marxa enrera, si més no de forma immediata. Tot sembla apuntar que les modificacions que des del govern de l'Estat es volen introduir a la vinent i

novíssima llei d'estrangeria, no afectaran el capítol I del Títol I, referit a drets i llibertats dels estrangers. Per tant el precepte que preveu la possibilitat de contractació laboral a l'Administració no seria objecte d'esmena.

Un precepte que pot tenir incidència en el futur règim d'accés a l'ocupació pública dels estrangers, és el projecte de Llei d'Estatut Bàsic de la Funció Pública. La tramitació del projecte s'inicià a la passada legislatura, sense que s'arribés a la seva aprovació per la Cambra, raó per la qual caldrà restar a l'espera d'una nova presentació des de l'executiu.

Per una banda i pel que respecte al règim laboral, va en la línia de la nova llei d'estrangeria, ja que el seu article 17.1 disposa que *"La participació en els processos selectius de personal laboral exigirà la concurrència dels requisits enunciats a les lletres b), c), e) i f) de l' apartat 1 de l' article anterior..."*. És a la lletra a) de l'apartat 1 de l'article 16 en què es preveu l'exigència de disposar d'una determinada nacionalitat per accedir a la funció pública.

Pel que respecta a l'accés a la funció pública, tampoc hi ha cap modificació respecte al marc normatiu:

"Article 16. Selecció del personal funcionari.

1. Per poder participar en els processos selectius convocats per les Administracions Públiques serà necessari reunir els següents requisits:

a) Posseir la nacionalitat espanyola, la d'un Estat membre de la Unió Europea o la d'un altre Estat quan es donin les circumstàncies previstes en l'apartat 6 de l'article anterior."

Hem d'entendre, però, que l'al·lusió feta a l'apartat 6è. de l'article 15 és errònia, ja que en ell s'hi regula l'accés de les persones discapacitades (no vull creure que l'executiu només pretengui permetre l'accés a la funció pública als estrangers no comunitaris que presentin alguna discapacitat) i hem de suposar que la remissió és a l'apartat 7è. del mateix article. Aquest apartat està redactat en els mateixos termes que l'article 37.1 de la Llei 55/1999, de 29 de desembre, de Mesures fiscals, administratives i d'ordre social, al que ens hem referit anteriorment.

Veiem, doncs, que el text inicial de l'Estatut no aporta cap novetat significativa.

Sembla que segueix regint una interpretació restrictiva dels articles 13 i 23 de la Constitució respecte al dret dels estrangers no comunitaris a la funció pública.

Malgrat això, mantinc que és possible dur a terme una interpretació molt més generosa, en la mateixa línia que la sostinguda pel Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees, quan a l'hora d'interpretar l'article 39 (antic 48) del Tractat Constitutiu de la Comunitat Europea, considera que la limitació a la lliure circulació de treballadors i a la supressió de la discriminació per raó de nacionalitat que constitueix el seu apartat 4t. (*"Les disposicions del present article no seran aplicables a les ocupacions a l'Administració Pública"*), ve referida, tan sols, a llocs de treball que impliquen una participació directa o indirecta en l'exercici de poder i en les funcions relacionades amb la defensa dels interessos generals de les Administracions. És a dir que, a partir d'aquest precedent, podríem entendre que la limitació constitucional només afecta als estrangers no comunitaris, en els àmbits de la funció pública esmentats.

D'aquesta forma, quedarien reduïts a dos els règims d'accés a llocs de treball a l'Administració

Pública, des del punt de vista de la nacionalitat:

- a) Els **ciutadans espanyols**, que podrien accedir a tots els llocs de treball, tant en règim funcionarial com laboral.
- b) Els **ciutadans estrangers**, tan comunitaris com extra comunitaris, que podrien accedir a tots els llocs de treball, tant en règim funcionarial com en règim laboral, amb l'excepció d'aquells llocs que impliquin una participació directa i indirecta en l'exercici del poder públic i es tracti de funcions que tenen per objecte la salvaguarda dels interessos de l'Estat o de les Administracions públiques.

Espero que aquest sigui el camí que ben aviat emprengui el legislador i la Judicatura, tot avançant cap a la igualtat plena de drets en la diversitat, amb l'esperança que aquestes línies en siguin una modesta contribució.