

COSSOS GENERALS, COSSOS ESPECIALS EN EL MOMENT PRESENT. UNA VELLA POLÈMICA

Joaquim Ferret Jacas*

Resum

El treball considera l'evolució de la funció pública a Espanya des de l'hegemonia dels cossos especials. S'ha produït un intent d'hegemonia dels cossos generals i una progressiva laboraltització que ha culminat amb l'Estatut del 2007. Aquesta última norma no ha tingut el desplegament esperat per causa de la crisi econòmica. La laboraltització ha tingut diversos sentits i ha portat, en l'àmbit de la funció directiva, a una mena de cossos especials laborals. Actualment, ens trobem en una cruïlla on l'apropament a les formes privades coexisteix amb un renaixement d'alguns cossos especials tradicionals.

GENERAL ENTITIES AND SPECIAL ENTITIES IN THE PRESENT DAY: AN OLD CONTROVERSY

Abstract

This paper considers the development of the civil service in Spain from the perspective of the hegemony of the special entities. There has been an attempt to achieve hegemony for the general entities and a progressive move to group contracts, culminating in the 2007 Statute. This most recent regulation has not been implemented to the degree expected because of the economic crisis. The move to put staff on a group contract basis has had various aspects, and in the area of managerial positions, it has led to the formation of a sort of special entity. We are currently at a crossroads, where the increasing adaptation of private-sector modalities coexists with a renaissance of some traditional special entities.

* Joaquim Ferret Jacas, catedràtic de dret administratiu de la Universitat Autònoma de Barcelona, Edifici B, Campus de la UAB, 08193 Bellaterra (Cerdanyola del Vallès), Joaquim.Ferret@uab.edu.

Article rebut el 5.06.2012. Avaluació cega: 13.06.2012. Data d'acceptació de la versió final: 23.10.2012.

Citació recomanada: FERRET JACAS, Joaquim. «Cossos generals, cossos especials en el moment present. una vella polèmica». *Revista catalana de dret públic*. Núm. 45, 2012, p. 63-75.

Sumari

1. El funcionari de carrera: l'ordre civil
2. De l'hegemonia dels cossos especials a l'hegemonia dels cossos generals
3. La reforma de 2007: l'intent d'unificar laborals i funcionaris
4. Els diversos sentits de la laboralització
5. Carrera i personal directiu
6. La realitat: els cossos especials laborals i la continuïtat en la politització de la funció directiva
7. El dret de la crisi a la funció pública
8. La cruïlla: cossos especials laborals o renaixement dels cossos tradicionals
9. Una reflexió final

La contraposició entre l'hegemonia de cossos especials i cossos generals és una de les polèmiques que es produeixen reiteradament en el camp de l'ocupació pública. Es tracta d'una batalla clàssica, amb elements mítics. I, com succeeix en la contraposició entre funcionaris de règim estatutari i personal laboral, a vegades es redueix a una logomàquia, amb posicions tan enfrontades com substancialment poc fonamentades. No hi ha dubte que les grans opcions estan lligades a qüestions profundes. Així passa amb la polèmica entre dret administratiu i dret privat. El dret administratiu és el dret de l'Estat, i el dret privat, el dret del mercat. I òbviament el major ús de l'un o de l'altre no és indiferent a un enfocament més estatista o més liberal. Però, vist de més a prop, les motivacions concretes són molt variables i a voltes contradictòries amb les aparences. A vegades l'ús del dret privat pot significar una expansió estatista.

En un moment de prestigi del privat, les doctrines del *public management* són hegemòniques culturalment i defensen una flexibilitat que està molt lluny de la rigidesa que caracteritza els cossos especials. La imitació de l'empresa privada en el sector públic sembla portar a una necessària decadència dels cossos especials. Igualment, el canvi rapidíssim en les habilitats i els coneixements necessaris per treballar en una societat que canvia a un ritme frenètic juguen també en contra dels prestigiosos cossos especials clàssics. Però per veure realment cap on es va en matèria de cossos especials, cal aproximar-se a l'evolució històrica.

1. El funcionari de carrera: l'ordre civil

Com ens recorda PARADA,¹ Napoleó va voler crear a França la funció pública com un orde civil, a imitació dels ordes militar i eclesiàstic existents. Però si mirem l'orde eclesiàstic, veurem que hi ha un clergat secular i regular. I, en aquest últim cas, cada orde regular té un carisma específic. No s'entendria l'Església catòlica de la Contrareforma sense l'orde jesuític, o l'Església catòlica de la segona meitat del segle XX sense la prelatura de l'Opus Dei. En determinats moments històrics una nova corporació, amb una sensibilitat especial per determinades tasques, ocupa un nou paper central. El mateix ha succeït a l'orde civil que va crear Napoleó. Noves tasques especialitzades han significat l'aparició de nous cossos de funcionaris amb una ètica especial i amb l'orgull de la missió que els ha estat encomanada. I precisament a França, i també a Espanya —que seguí el model francès—, el prestigi va reposar essencialment en els cossos especials. L'*esprit de corps* els distingia.² Eren col·lectius en els quals no es podia entrar des d'un altre cos i que tenien reservades determinades funcions a un sector de l'Administració pública.

2. De l'hegemonia dels cossos especials a l'hegemonia dels cossos generals

La tendència que han seguit les reformes de la funció pública en els últims cinquanta anys ha estat uniformement en contra dels cossos especials. La recerca d'una flexibilitat necessària en un món de canvis cada vegada més ràpids ha jugat en el sentit de no potenciar uns col·lectius especialitzats en una parcel·la

¹ *Derecho del empleo público*. Madrid-Barcelona, 2007, p. 14 i seg.

² No s'ha de menysprear, però, la importància unificadora que ha tingut l'École National d'Administration a França d'ençà que es va crear.

estricta de funcions. La influència anglosaxona, cada vegada més dominant hegemònicament, ha tingut un pes clau en la tendència.

El model que inaugura la reforma de 1964³ i que continua fins avui és el d'un híbrid entre els sistemes de funció pública d'estructura oberta i d'estructura tancada. En el sistema espanyol de funció pública els llocs de treball es cobreixen "a l'americana", però només entre un col·lectiu de funcionaris "a la francesa".

La desaparició de les categories i la nova forma de provisió dels llocs de treball que s'inicia el 1964 suposen una disminució de la importància del paper dels cossos de funcionaris. Però la descripció dels llocs de treball no es va fer en aquell moment històric, i a la pràctica els llocs estaven reservats a un cos de funcionaris determinat.

El sistema adoptat el 1964 adquireix tota la seva efectivitat amb la reforma de 1984.⁴ En aquest segon moment, es farà realment una *job description*, i el que és més important, serà només en les relacions de llocs de treball on es podran determinar els cossos o les escales cridats a ocupar-los.⁵ Això portarà a generalitzar l'adscripció indistinta amb una intenció anticorporativa.⁶ I es reforçarà amb la prohibició que els òrgans de selecció estiguin formats per majoria de membres d'un cos.⁷

La disminució del paper dels cossos de funcionaris va tenir una incidència peculiar en els cossos especials, i, en relació amb aquests, va significar un augment del pes dels cossos generalistes. El cos d'administradors civils va passar a tenir una incidència més gran, com demostra l'elevat nombre de nomenaments polítics.⁸

3. La reforma de 2007: l'intent d'unificar laborals i funcionaris

La Llei 7/2007, de 12 d'abril, de l'Estatut bàsic de l'empleat públic, ha fet un pas més en la pèrdua de pes específic dels cossos especials. El primer dels objectius de la Llei és la creació d'un règim comú per a funcionaris i laborals a fi d'evitar tant la laboraltzació radical com la funcionarització completa. Com diu

³ Text articulat aprovat pel Decret 315/1964, de 7 de febrer.

⁴ Llei 30/1984, de 2 d'agost, de mesures per a la reforma de la funció pública.

⁵ Article 26 de la Llei 30/1984: «Els cossos i escales de funcionaris no poden tenir assignades facultats, funcions o atribucions pròpies dels òrgans administratius. Únicament les relacions de llocs de treball poden determinar els cossos o escales de funcionaris que poden ocupar els llocs als quals correspon l'exercici d'aquestes funcions.»

⁶ Com diu FÉREZ FERNÁNDEZ, Manuel: «[...] aquestes mesures no contenen un model coherent i madur de funció pública, sinó que eren tan sols un conjunt desmanegat de preceptes preocupats, en positiu, per posar les bases necessàries per desenvolupar una funció pública autonòmica, i, en negatiu, per acabar determinades patologies corporatives, per la qual cosa apostaven pels llocs davant dels cossos com a unitat bàsica i per la laboraltzació com a regla general.» *La carrera administrativa: noves perspectives*, Barcelona, 2006, p. 39. Ja PALOMAR OLMEDA, Alberto havia advertit sobre la pèrdua de sentit dels cossos amb la reforma de 1984: «*Aunque formalmente no hay, como se ha dicho, ningún indicio para señalar que los cuerpos de funcionarios hayan dejado de existir, lo que puede decirse es que han perdido su sentido y, sobre todo, cualquier conexión con lo que había constituido su función esencial, esto es, la provisión de puestos de trabajo.*» *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*. Madrid, 1996, p. 201.

⁷ Article 19.2 de la Llei 30/1984: «El Govern ha de regular la composició i el funcionament dels òrgans de selecció garantint l'especialització dels integrants dels òrgans selectius i l'agilitat del procés selectiu sense perjudici de la seva objectivitat. En cap cas, i llevat de les peculiaritats del personal docent i investigador, els òrgans de selecció poden estar formats majoritàriament per funcionaris que pertanyin al mateix cos que s'ha de seleccionar.»

⁸ «*La distribución de los cuerpos en los altos niveles cambió tras 1982, un año en que los cuerpos de administradores civiles obtuvieron la porción mayor de nombramientos políticos (19,3% en la tabla 12.4).*» PARRADO DÍEZ, Salvador. A PETERS, Guy; PIERRE, Jon. *La politización de la función pública en una perspectiva comparada*. Madrid, 2010, p. 289.

SÁNCHEZ MORÓN, que va presidir la Comissió d'experts: «*Las propuestas del Informe de la Comisión obedecían a tres líneas maestras. La primera de ellas, partiendo de la dualidad de regímenes jurídicos —estatutario y laboral— existente, se inclinaba por aproximar todo lo posible el régimen jurídico aplicable a uno y otro tipo de relación de empleo público. De ahí que se propusiera elaborar un solo Estatuto para todos los empleados públicos, unificando en él todas las normas de común aplicación a funcionarios y contratados laborales de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de las reglas específicas exclusivas del régimen estatutario o, por el contrario, del laboral.*»⁹ L'augment del grau de laboralització en principi juga contra els cossos especials i, en general, contra els cossos de funcionaris.

La reforma de 2007 reforça el seu caràcter laboralitzador amb l'augment del camp dels pactes i acords amb els sindicats. Les possibilitats de negociació col·lectiva ja eren molt importants d'ençà de la Llei 9/1987, de 12 de juny, d'òrgans de representació, determinació de les condicions de treball i participació del personal al servei de les administracions públiques, i es veuen ampliades amb la regulació actual.

Un altre aspecte d'incidència més indirecta en la matèria que ens ocupa és el caràcter de llei de bases, entesa com a llei que es limita a establir els principis de la Llei 7/2007.¹⁰

Tanmateix, qualsevol valoració dels efectes de la reforma de 2007 ha de tenir en compte que, precisament pel seu caràcter respectuós amb l'autonomia de les diferents administracions, ha deixat un marge decisiu a les normes de desplegament. En paraules de MARTÍN REBOLLO, es tracta d'un Godot que no ha arribat.¹¹ Però la seva eventual arribada s'ha vist afectada greument per la crisi econòmica. Ens trobem davant d'un nou dret públic.¹² I aquesta nova situació afecta especialment una modificació del règim dels servidors públics. És pràcticament impossible realitzar un canvi en la funció pública a cost zero. Fer-lo quan la necessitat és reduir despesa esdevé impossible si el que es pretén es una modernització de tot el sistema. En aquest cas, no s'intentarà la construcció d'una nova funció pública, sinó que simplement es duran a terme els canvis més abastables que permetin reduir la despesa. És absurd, per tant, esperar l'aparició de la “*carrera horizontal*” o l’“*evaluación del desempeño*”. Ens hem de plantejar on ens trobàvem quan va arribar la crisi i quines modificacions es deriven de la seva força irresistible.

4. Els diversos sentits de la laboralització

Ens hem referit al fet que la reforma de 2007 pretenia ser un pas decisiu en la laboralització de l'ocupació pública. En una primera aproximació, això implica la desaparició o almenys la disminució d'importància dels cossos. I això hauria de ser més cert encara pel que fa a l'elitisme dels cossos especials. Però s'ha de tenir en compte la diferent significació dels contractes laborals del sector públic. Si considerem l'evolució dels contractes laborals a l'Administració pública, veurem que s'han desplaçat dels contractes per activitats

⁹ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (dir.). *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*. Valladolid, 2007, p. 30.

¹⁰ En aquest sentit, vegeu SÁNCHEZ MORÓN, *op. cit.*, p. 31 i seg., com també MALARET GARCÍA, Elisenda, a MALARET i altres, *Comentarios al régimen estatutari dels empleats públics*, Barcelona, 2009, p. 27 i seg.

¹¹ MARTÍN REBOLLO, Luis. «El Estatuto del Empleado Público: un Godot que no ha llegado». *Revista de Administración Pública*, núm. 174 (2007), especialment p. 141 i seg.

¹² Vegeu BLASCO ESTEVE, Avelino (coord.). *El derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo*. Madrid, 2011, *in totum*.

manuals als contractes, sovint blindats, per tasques de caràcter directiu o de gran especialitat tècnica.¹³ En aquesta nova situació es posa l'accent en la pretesa excel·lència i especialització del contractat laboral. El gir des de l'elitisme i l'especialització dels cossos especials resulta tan radical que és de 360 graus. Per tant, ens tornem a trobar en l'antiga situació de sortida. De manera sorprenent, ens tornem a trobar amb un col·lectiu equivalent als dels alts funcionaris.

Es podria pensar que la diferència entre els cossos especials i els contractats laborals resideix en l'absència de possibilitat de carrera dels segons, però a la pràctica això no és cert. Els convenis pactats amb els sindicats en molts casos donen preferència a la promoció interna dels treballadors ja existents. Es crea així una certa carrera dels laborals. Se n'exclou, però, el personal directiu. La qüestió principal passa a ser si la carrera abasta el personal directiu.

5. Carrera i personal directiu

Des de 1984 la carrera es basa en el grau. Abolides les categories el 1964, el grau va passar a ser l'instrument d'una carrera que ja no era de cada cos específic, sinó de caràcter general i oberta als funcionaris generalistes. Aquesta carrera ha estat mancada de coherència. Ja el 1987 GUTIÉRREZ REÑÓN deia: «*El mayor obstáculo para la viabilidad del sistema de carrera establecido por la Ley 30/1984 no radica en esas deficiencias, sino en la desconexión entre los grados personales y los cuerpos. El grado, como la categoría, no puede interpretarse como un nivel de competencia en abstracto, sino que ha de estar referido a un campo profesional determinado. Y en un sistema de carrera, la identificación de ese campo profesional sólo puede hacerse por referencia al cuerpo (o estructura administrativa equivalente). Si nos fijamos en la estructura militar, en que el grado constituye la base de la jerarquización, aparece con claridad esta ligazón. Un coronel no lo es en abstracto, sino de un cuerpo concreto, sea de Infantería, del Cuerpo Jurídico, del Servicio de Vuelo en la Aviación o del Cuerpo de Máquinas de la Armada.*»¹⁴ La incoherència s'hauria pogut superar amb l'establiment d'uns itineraris, com a substitutiu flexible del cos a efectes de carrera. La base hauria estat una formació per a la carrera. Hauria hagut de ser una formació per a l'ascens, entès com l'accés a un lloc de treball de característiques diferents del que s'ocupa.¹⁵ Aquests itineraris no s'han creat i ha persistit la incoherència del sistema de carrera.

Un aspecte fonamental en la configuració de la carrera funcionarial és la de provisió de llocs de personal directiu. L'ambigüitat ha caracteritzat la regulació de personal directiu. La vigent Llei 7/2007 s'ocupa del personal directiu a l'article 13, únic article d'un subtítol I dins del títol II, que regula les classes de personal al servei de les administracions públiques. La solució adoptada és la de l'habilitació al Govern i als òrgans de govern de les comunitats autònomes per poder-ne determinar el règim jurídic específic. És una tècnica estranya en una llei tan principal l'atribució directa de la competència a l'executiu autonòmic, sense tenir en compte la llei de desplegament autonòmic. L'article 13 no ens aclareix si aquest personal pot tenir la

¹³ Ho ha assenyalat amb contundència crítica DEL SAZ, Silvia. *Contrato laboral y función pública (Del contrato laboral para trabajos manuales al contrato blindado de alta dirección)*, Madrid, 1995, especialment p. 117 i seg.

¹⁴ GUTIÉRREZ REÑÓN, Alberto. «La carrera administrativa en España: evolución histórica y perspectivas». *Documentación Administrativa*, núm. 210-211 (1987), p. 59.

¹⁵ Així ho he defensat en el meu treball «Las singularidades en la formación de los funcionarios públicos». *Documentación Administrativa*, núm. 241-242 (1995), p. 485.

condició de funcionari de carrera, encara que si la solució laboral no és l'única, sembla que se n'ha de deduir que existeix també l'opció funcional. La norma esmentada sí que ens diu que quan el personal directiu tingui caràcter laboral es tractarà de contracte d'alta direcció, i que la determinació de les condicions d'ocupació del personal directiu no serà objecte de negociació col·lectiva. En el moment actual no sembla probable que, malgrat les facilitats deslegalitzadores, es produeixi la regulació de la funció directiva.¹⁶ Però cal no oblidar que en l'article 23 de la Llei 28/2006, de 18 de juliol, d'agències estatals per a la millora dels serveis públics, es regula el personal directiu. En aquest cas es preveu explícitament la possibilitat del caràcter funcional o laboral,¹⁷ però es remarca que l'Estatut de les agències estatals pot preveure llocs directius de màxima responsabilitat en règim laboral, mitjançant contractes d'alta direcció.¹⁸

L'opció per la laboralització de la funció directiva no és una novetat de la Llei de 2006. En la realitat de la nostra Administració, ja fa temps que es dona i en són una mostra rellevant els llocs directius de les administracions independents.

La indefinició legal i la realitat laboralitzadora contrasten amb la solució donada a l'Estat pel personal polític de direcció. No s'ha alterat la consideració de naturalesa política dels càrrecs inferiors a ministre o secretari d'Estat: subsecretaris, directors generals i equivalents.¹⁹ Aquests càrrecs —sobretot el de director general— en molts països tenen caràcter professional i no polític. Tanmateix, la Llei 6/1997, de 14 d'abril, d'organització i funcionament de l'Administració General de l'Estat, ha persistit en el tradicional caràcter polític, encara que ha exigint la condició de funcionari per ocupar aquests càrrecs.²⁰ Per tant, aquests càrrecs no pertanyen a la carrera funcional; quan els ocupen els funcionaris no estan en la situació de servei actiu, sinó en la de serveis especials. Però, curiosament, malgrat tenir naturalesa política, no estan oberts a tots els ciutadans, sinó reservats als funcionaris públics. La solució adoptada és contradictòria. Si es tracta d'una activitat professional, haurien de ser llocs de la carrera funcional. Si la naturalesa de la funció és política, no té sentit reservar-los a funcionaris. S'ha de remarcar que l'exigència de ser funcionari no va lligada a unes habilitats o uns coneixements necessaris, ja que —tret del cas dels secretaris generals amb

¹⁶ Com diu SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: «Habida cuenta de los términos del EBEP, la construcción de un régimen específico para los directivos públicos profesionales está prácticamente por hacer. El derecho comparado ofrece diferentes modelos, ya contrastados, en los países anglosajones (el Senior Executive Service de los Estados Unidos, creado en 1978, o el Senior Civil Service británico), pasando por otros más próximos geográficamente (la dirigenza italiana) o basados en fórmulas más clásicas (y menos coherentes con los postulados del EBEP), como la francesa que aún reserva de facto gran parte de los cargos directivos de libre designación a los miembros de la haute fonction publique, formados en la ENA y otras Escuelas superiores especializadas. Pero lo decisivo es que exista la necesaria voluntad política, que, a la vista de lo sucedido durante la tramitación del EBEP, está por demostrar.» *Derecho de la función pública*, Madrid, 2008, p. 85.

¹⁷ Art. 23.2, tercer paràgraf: «Quan el personal directiu de les agències tingui la condició de funcionari ha de continuar en la situació de servei actiu en el seu respectiu cos o escala o en el que correspongui d'acord amb la legislació laboral si es tracta de personal d'aquest caràcter.»

¹⁸ Art. 23.3.

¹⁹ En una enquesta de 1982 un 58,77 % dels funcionaris responien que *carrera administrativa* significava per a ells que les direccions generals fossin ocupades per funcionaris. Vegeu GUTIÉRREZ RENÓN, *op. cit.*, p. 54. FÉREZ explica que en el Consell de Ministres amb motiu de la Llei d'organització de l'Administració central de l'Estat es va defensar la funcionalització dels directors generals amb l'argument que un 85 % dels existents ja ho eren, però va triomfar la posició contrària. Com és sabut, les deliberacions del Consell de Ministres són secretes, però, com diu l'autor citat, «*se non é vero é ben trovato*», *op. cit.*, p. 37 i seg.

²⁰ L'article 15 exigeix la condició de funcionari de carrera amb titulació universitària per ser nomenat subsecretari. I l'article 17 fa el mateix per al càrrec de secretari general tècnic. L'article 18 exigeix el mateix requisit per als directors generals, amb l'excepció que el real decret d'estructura del departament permeti que, en consideració a les característiques específiques de la funció de la direcció general, el seu titular no tingui la condició de funcionari. D'altra banda, l'article 16 exigeix per als secretaris generals amb rang de subsecretari qualificació i experiència en el desenvolupament de llocs de responsabilitat en la gestió pública o privada.

rang de subsecretari— aquestes habilitats o coneixements no són vàlids si s'han obtingut sense tenir la condició de funcionari de carrera. Es produeix una reserva de llocs polítics en favor d'un col·lectiu corporatiu, més enllà de les exigències tècniques.²¹

La solució de la LOFAGE no és una autèntica funcionarització de llocs directius. Es tracta, simplement, de consagrar legalment una realitat que ja es donava a la pràctica: que, en el cas de l'Estat, els alts càrrecs provenien de l'alta funció pública. Per això a les comunitats autònomes s'ha seguit amb el tradicional caràcter polític d'aquestes funcions.

6. La realitat: els cossos especials laborals i la continuïtat en la politització de la funció directiva

La realitat de la funció pública espanyola, que no ha alterat l'EBEP de 2007, és la de la tendència al creixement dels llocs d'especialització tècnica i de direcció sotmesos a règim laboral i la persistència en el caràcter polític dels llocs iguals o superiors a direcció general, amb independència que els seus ocupants tinguin la condició de funcionaris.

La primera de les característiques indicades en el paràgraf precedent es fa especialment visible si considerem que els organismes reguladors —autèntics laboratoris d'assaig de la nostra Administració i màxims exponents de tecnicisme i modernitat— que havien optat per la via laboral han quedat exempts de la regulació de l'EBEP, malgrat la importància de les funcions d'autoritat que exerceixen.²²

Com ja hem dit, els pactes amb els sindicats i les inèrcies organitzatives han portat al fet que aquests llocs laborals, similars en principi a les places no escalafonades, s'hagin convertit en autèntics cossos especials. És en aquests on es veu l'especial “carisma” d'orde religiós amb una missió renovadora.

La progressió d'aquests cossos especials laborals contrasta amb la inexistència d'una carrera que permetés l'especialització dels generalistes, que era l'orientació que semblava tenir la reforma de 1984, en línia de continuïtat amb la de 1964.

Pel que fa als càrrecs iguals o superiors al nivell de director general, no s'ha produït una autèntica professionalització; simplement estan ocupats per personal pertanyent a cossos de funcionaris de carrera. No s'ha produït el naixement d'un cos de directius o d'una carrera de directius oberta a diversos cossos. Aquí també es produeix un contrast amb la que semblava la intenció de la reforma de 1984. Aquesta representava una solució mixta entre el model francès i el model americà. Però en el model americà pur, als Estats Units, la creació el 1978 del *Senior Executive Service* va significar un canvi de model, ja que suposava una forma atenuada de cos dins d'un sistema de llocs de treball. La doble avaluació per l'agència interessada i per una junta independent (*Qualifications Review Board*) i l'existència de programes d'accés, encara que no donin automàticament el dret a incorporar-se al servei, han creat una illa dins del sistema

²¹ JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael va qualificar la LOFAGE com un sistema que s'aproxima a un model de corporativització de la direcció pública (o d'apropiació dels alts cossos) i que dificulta l'accés de persones externes a l'Administració. Vegeu *Altos cargos y directivos públicos. (Un estudio sobre las relaciones entre política y administración en España)*, Oñati, 1998, p. 319.

²² Amb to crític ho remarca SÁNCHEZ MORÓN, *Comentarios a la Ley...*, op. cit. p. 35.

americà de funció pública.²³ Res semblant no s'ha produït. Per tant, no s'han dut a terme les possibilitats que semblava obrir el nostre sistema de funció pública. S'ha de tenir en compte que la creació més estructurada de la carrera de directiu tampoc no garanteix la despolitització. A Itàlia la regulació de la *dirigenza* no ha impedit trobar-se en una situació en què, com ha dit CASSESE, en lloc de passar els governs i ser permanent la burocràcia, el que és estable és el Govern i la burocràcia és passatgera.²⁴

7. El dret de la crisi a la funció pública

Les possibilitats que oferia el sistema mixt de funció pública de potenciar una carrera d'especialització dins dels cossos generalistes en detriment dels cossos especials no s'han convertit en realitat. La reforma de 2007 exigia un desplegament per lleis estatal i autonòmiques. Les amplíssimes opcions²⁵ d'aquest desplegament difícilment s'exerciran. La nova situació marcada per la crisi econòmica impedeix unes reformes que, en tot cas, exigien un augment de la despesa. El principal objectiu de les mesures que es prenen també en el terreny de la funció pública tenen com a primer i a vegades únic objectiu la disminució de la despesa. No s'han d'esperar grans novetats que signifiquin un canvi del model de funció pública existent. Es pot preveure una estabilització del que hi ha, però les mesures amb finalitat econòmica incideixen en la configuració real de la funció pública.

La unificació de personal estatutari i laboral era la primera i més clara de les opcions de l'EBEP de 2007. El dret laboral ha tingut cada vegada més pes, especialment en llocs de treball de gran relleu. Ja en la mateixa Llei 7/2007 es feien paleses les evidents dificultats d'aplicació del dret laboral en l'Administració pública, com en el cas de l'obligació de readmissió en el supòsit d'acomiadament improcedent.²⁶ Certament, el fet de no poder realitzar acomiadaments improcedents indemnitzant canvia de manera substancial la situació de l'empresari, però, òbviament, l'Administració no és un empresari que actuï per interès particular i jugant-se els seus diners.

La reforma laboral aprovada en el Reial decret llei 3/2012, de 10 de febrer, de mesures urgents per a la reforma del mercat laboral, ha hagut d'adaptar algunes normes laborals a les especialitats administratives. La disposició addicional segona ha regulat l'acomiadament per causes econòmiques, tècniques, organitzatives o de producció al sector públic. Aquesta era una qüestió controvertida, perquè les administracions públiques no tenen guanys i pèrdues com una empresa privada i la seva solvència està

²³ Així ho qualifica ILDEFONSO HUERTAS, Rosa María, *Tres modelos comparados de función pública y sus procesos de selección (Italia, Estados Unidos y España): Una propuesta de mejora del acceso al empleo público*, Sevilla, 2004, p. 169 i seg.

²⁴ Citat per ILDEFONSO HUERTAS, *op. cit.*, p. 95.

²⁵ Com ja hem dit, l'EBEP és una autèntica llei de principis. La disposició final segona sotmet als respectius estatuts d'autonomia la seva regulació: «Les previsions d'aquesta Llei són aplicables a totes les comunitats autònomes respectant en tot cas les posicions singulars en matèria de sistema institucional i les competències exclusives i compartides en matèria de funció pública i d'autoorganització que els atribueixen els respectius estatuts d'autonomia, en el marc de la Constitució.» La clàusula és especialment important en la relació entre estatuts d'autonomia i legislació estatal. En la doctrina, SÁNCHEZ MORÓN considera aquesta disposició absolutament supèrflua i de nul valor, *Comentarios a la Ley...*, *op. cit.*, p. 65 i seg. ORTEGA, Luis va més enllà i opina que els estatuts d'autonomia no poden vincular el legislador bàsic estatal. Vegeu «La extensión de las normas básicas en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», a GÓMEZ FERRER MORANT, Rafael; DESDENTADO DAROCA, Eva; ORTEGA, Luis; CASTILLO BLANCO, Federico A. *El control de la legalidad urbanística. El estatuto básico del empleado público*. Sevilla, 2009, p. 232 i seg.

²⁶ Article 96.2 de la Llei 7/2007.

l·ligada al pressupost. La norma per salvar l'estabilitat pressupostària i la sostenibilitat financera de les administracions públiques entén que concorren causes econòmiques per a l'acomiadament quan es produeixi una situació d'insuficiència pressupostària sobrevinguda i persistent per al finançament dels serveis públics corresponents. I s'entén que la insuficiència és persistent si es produeix durant tres trimestres consecutius. Estableix, així mateix, que concorren causes tècniques quan es produeixen canvis en els mitjans o els instruments de la prestació del servei públic corresponent, i que les causes organitzatives es donen quan es produeixen canvis en l'àmbit dels sistemes i els mètodes de treball del personal adscrit al servei públic.

La disposició addicional tercera del Reial decret llei 3/2012 permet l'aplicació de les suspensions de contracte i reduccions de jornada de l'article 47 de l'Estatut dels treballadors a les entitats públiques, quan es financin majoritàriament amb ingressos obtinguts en contraprestació d'operacions realitzades en el mercat.

La disposició addicional vuitena del Reial decret llei esmentat regula les especialitzats dels contractes mercantils i d'alta direcció del sector públic estatal. El blindatge es limita fortament. La indemnització per extinció del contracte es limita a set dies per any de servei de la retribució anual en metàl·lic, amb un màxim de sis mensualitats. Per calcular la retribució anual a efectes d'indemnització es tindrà en compte la retribució fixa íntegra i total, excloent-ne els incentius o els complements variables. Desapareix el dret a indemnització per extinció de contracte per a aquells que tinguin la condició de funcionari de carrera de l'Estat, de les comunitats autònomes o de les entitats locals o que siguin empleats d'una entitat integrant del sector públic estatal, autonòmic o local amb reserva de lloc de treball.

També pateix fortes restriccions la possibilitat d'establir les retribucions.²⁷ Hi haurà retribucions bàsiques i complementàries. Les retribucions bàsiques ho són en funció de les característiques de l'entitat, mentre que les retribucions complementàries estan formades per un complement de lloc de treball i un complement variable. El que interessa remarcar és que augmenta la regulació sobre la retribució. Queden molts aspectes per concretar, però s'habilita el Govern per desplegar reglamentàriament aquestes matèries. L'habilitació és en favor del ministre d'Hisenda i Administracions Públiques pel que fa al sistema de compensació per despeses en concepte de dietes, desplaçaments i anàlegs.²⁸

²⁷ Regula les retribucions l'apartat tres de la disposició addicional vuitena, que diu el següent: «1. Les retribucions a fixar en els contractes mercantils o d'alta direcció del sector públic estatal es classifiquen, exclusivament, en bàsiques i complementàries. 2. Les retribucions bàsiques ho són en funció de les característiques de l'entitat i inclouen la retribució mínima obligatòria assignada a cada màxim responsable, directiu o personal contractat, per raó del grup de classificació en què resulti catalogada l'entitat per part de qui n'exerceixi el control o supervisió financera o, si s'escau, per l'accionista. 3. Les retribucions complementàries comprenen un complement de lloc i un complement variable. El complement de lloc retribuiria les característiques específiques de les funcions o llocs directius i el complement variable retribuiria la consecució d'uns objectius prèviament establerts. Aquests complements els ha d'assignar qui exerceixi el control o supervisió financera de l'entitat o, si s'escau, l'accionista. 4. El que disposen els tres apartats anteriors és aplicable a les societats mercantils estatals. Per a la resta d'ens sotmesos a l'àmbit d'aplicació d'aquesta disposició cal atènyer-se al desplegament que aprovi el Govern, de conformitat amb el que estableix l'apartat sis.»

²⁸ Apartat sis de la disposició addicional vuitena.

S'estableix un control previ de legalitat, mitjançant l'Advocacia de l'Estat o l'òrgan que presti l'assessorament jurídic. I s'estableix la nul·litat de ple dret per a les clàusules dels contractes que s'oposin al que estableix la disposició addicional vuitena.²⁹

La contundència de la regulació establerta en la disposició addicional vuitena es fa més evident si es té en compte que té caràcter retroactiu, de manera que s'aplica als contractes celebrats abans de la seva entrada en vigor. Aquests contractes hauran de ser adaptats a la nova normativa en el termini de dos mesos.³⁰

La disposició addicional vuitena incideix directament en els contractes laborals blindats per a llocs singulars, aspecte que ocupa un lloc central en el tema que ens ocupa. Però, en general, les normes que hem considerat constitueixen adaptacions d'un dret laboral que no ha estat pensat per a les administracions públiques.³¹ I la crisi econòmica, en exigir la reducció de la despesa, ha evidenciat que és més fàcil modificar la situació de qui està en un règim estatutari —o sigui, en una posició legal i reglamentària— que la de qui està protegit per un contracte i per una norma paccionada, com ara els convenis col·lectius.

8. La cruïlla: cossos especials laborals o renaixement dels cossos tradicionals

La crisi ha afegit un nou element a la situació contradictòria que es donava entre una solució jurídica generalista i una realitat que apostava per contractes laborals singulars amb tendència a agrupar-se en cossos o una realitat semblant. Aquest element és el de la facilitat dels instruments de dret públic per complir els objectius de disminució de la despesa en personal. Si les tasques especialitzades tendeixen a l'hegemonia i la funció pública estatutària acredita uns certs avantatges, podríem arribar a la conclusió que es inevitable un renaixement dels cossos especials tradicionals. La conclusió seria, tanmateix, massa agosarada. En temps de tanta incertesa l'ofici de profeta és difícil i arriscat. Més aviat s'ha de dir que ens trobem en una cruïlla i no sabem quin serà el camí que s'emprendrà.

Un exemple que avala el retorn a solucions més tradicionals és l'Avantprojecte de llei de la creació de la Comissió Nacional de Mercats i Competència. Aquest Avantprojecte de llei pretén fusionar diversos òrgans reguladors en un de sol, sempre amb l'objectiu reduir la despesa. No ens interessa ara la problemàtica que ocasiona la fusió de les diferents funcions en un únic organisme; el que entra de ple en la matèria que ens ocupa és la regulació del personal que fa. En un gir copernicà, el personal directiu només excepcionalment podrà ser laboral, i normalment haurà de ser funcionari de carrera del subgrup A1. A més, ressuscita el vigent però oblidat article 9.2 de la Llei 7/2007, que reserva als funcionaris l'exercici de potestats o funcions públiques.³²

²⁹ Apartat quatre de la disposició addicional vuitena.

³⁰ Apartat cinc de la disposició addicional vuitena.

³¹ Hi ha moltes més qüestions en què es produeixen disfuncions. Cal recordar només les diferències doctrinals i jurisprudencials sobre l'amplitud de la negociació en el cas dels funcionaris.

³² Article 25. 7 de l'Avantprojecte: «Reglamentariamente se determinarán los puestos de trabajo que por su especial responsabilidad, competencia técnica o relevancia de sus tareas, tienen naturaleza directiva. El personal directivo será funcionario de carrera del Subgrupo A1 y, con carácter excepcional, se podrán cubrir dichos puestos en régimen laboral mediante contratos de alta dirección, siempre que no tengan atribuido el ejercicio de potestades o funciones públicas incluidas en el ámbito del artículo 9.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.»

L'Avantprojecte reserva també el càrrec de secretari a un funcionari llicenciat en dret pertanyent als cossos i les escales del grup A1 de l'Administració General de l'Estat.³³ De fet, va encara més enllà i reserva al cos d'advocats de l'Estat l'assistència jurídica, la representació i la defensa en judici de l'òrgan regulador.³⁴

L'exemple que hem considerat és prou significatiu. Tanmateix, es tracta d'un avantprojecte que no sabem si arribarà a bon port. D'altra banda, existeixen indicis en un sentit oposat. També a tall d'exemple podem considerar la política de contractació de professorat universitari de la Generalitat de Catalunya, enquadrada en el Pla Serra Hunter. La finalitat és explícita: «[...] és objectiu del Govern impulsar l'ús progressiu de les figures contractuals de professorat permanent recuperant la flexibilitat del marc laboral i promovent, alhora, la coexistència d'aquestes amb figures temporals i rotatòries d'assistents de suport a la docència i a la recerca, amb funcions auxiliars definides en la docència i la recerca».³⁵ Es tracta de substituir el professorat funcionari per contractat laboral, amb una flexibilitat més gran. També es vol disminuir la proporció de professorat permanent sobre el nombre total de professors, en el mateix sentit d'augmentar la flexibilitat de la plantilla.

L'altre gran objectiu del programa Serra Hunter és l'atracció de talent provinent d'universitats de fora del sistema de Catalunya, incloent-hi la captació de talents de l'estranger. Consegüentment, es preveu la possibilitat d'acordar una retribució variable per al guanyador del contracte objecte de concurs en funció dels mèrits específics i del grau d'acompliment dels objectius establerts.

La selecció la farà una comissió nomenada pel rector entre acadèmics de reconegut prestigi, a proposta conjunta del rector i la direcció acadèmica del pla (nomenada per la Generalitat), que contindrà el president —escollit de comú acord— i dos vocals més escollits per cadascun d'ells. L'òrgan de selecció és, per tant, nomenat paritàriament per Generalitat i universitat, i no el componen necessàriament els membres actuals dels cossos docents universitaris. La intervenció de la Generalitat té el fonament econòmic que aquesta finançarà la meitat del cost de cadascuna de les contractacions.³⁶

Contracte laboral, augment del personal no permanent, flexibilitat retributiva i sistema especial de selecció signifiquen el pol oposat a l'exemple vist anteriorment. En aquest cas —òbviament si les previsions es realitzen— s'estarà avançant per la via dels cossos especials laborals en un sentit contrari al dels cossos funcionaris tradicionals. Els dos exemples considerats ens mostren que, com ja hem dit, estem en una cruïlla. El temps ens dirà cap on anem.

³³ Article 12.2.

³⁴ Article 29.1: «*La asistencia jurídica, representación y defensa en juicio de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia corresponde a los Abogados del Estado integrados en el Servicio Jurídico del Estado cuyo centro directivo superior es la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico, en el marco de lo establecido en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de asistencia jurídica del Estado e instituciones públicas y su normativa de desarrollo.*»

³⁵ Document «Objectius del Pla Serra Hunter 2012-2015», de la Direcció General d'Universitats del Departament d'Economia i Coneixement, de data 15 de desembre de 2011.

³⁶ No entrem en la complexa qüestió del joc de les competències de les diferents administracions territorials i les de les universitats.

9. Una reflexió final

Hem vist com la tendència legislativa cap a la preeminència dels cossos generalistes no havia culminat amb una estructuració correcta de la carrera. A la pràctica s'han creat autèntics cossos especials laborals com a contrapès dels cossos especials tradicionals. La crisi ha portat a veure el dret laboral, en alguns aspectes, com menys flexible que el dret administratiu. Es produeix llavors una contraposició no tant entre cossos generalistes i cossos especials, sinó entre cossos especials laborals i cossos especials funcionaris tradicionals. No és missió nostra endevinar la ruta a seguir. Tampoc no ho és la valoració política de les possibles opcions. Sí que podem remarcar que la tria essencial és entre garantia i flexibilitat. Però garantia i flexibilitat no es poden identificar amb funcionaris i laborals, o amb cossos especials i generals. Per tal d'establir un judici correcte s'ha d'anar més enllà. S'ha de veure en cada cas quins coneixements es requereixen: un temari extens o un màster; on s'aprenen aquests coneixements —amb un preparador privat, en una universitat, en una *business school* o en un institut oficial d'Administració pública—; qui jutja aquests coneixements —funcionaris del cos, acadèmics o *headhunters*—. S'ha de considerar el cost real que signifiquen les retribucions. És especialment important veure si l'“esperit” del cos és l'adequat a la missió que se li encomana, i no és menyspreable ponderar la tradició del cos i la seva significació. Un judici correcte en aquests aspectes evitarà una politització de caire partidista, la qual sí que podem concloure que és nefasta per a la funció pública.