

CUERPOS GENERALES, CUERPOS ESPECIALES EN EL MOMENTO PRESENTE. UNA VIEJA POLÉMICA*

Joaquim Ferret Jacas**

Resumen

El trabajo considera la evolución de la función pública en España desde la hegemonía de los cuerpos especiales. Se ha producido un intento de hegemonía de los cuerpos generales y una progresiva laboralización que ha culminado con el Estatuto de 2007. Esta última norma no ha alcanzado el esperado desarrollo debido a la crisis económica. La laboralización ha tenido diversos sentidos y ha conducido en el ámbito de la función directiva a una especie de cuerpos especiales laborales. Actualmente nos encontramos en una encrucijada en la que el acercamiento a las formas privadas coexiste con un renacimiento de algunos cuerpos especiales tradicionales.

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.

* **Nota:** esta versión es una traducción del artículo original en catalán.

** Joaquim Ferret Jacas, catedrático de derecho administrativo de la Universidad Autónoma de Barcelona, Edifici B, Campus de la UAB, 08193 Bellaterra (Cerdanyola del Vallès), Joaquim.Ferret@uab.edu.

Artículo recibido el 5.06.2012. Evaluación ciega: 13.06.2012. Fecha de aceptación de la versión final: 23.10.2012.

Citación recomendada: FERRET JACAS, Joaquim. «Cuerpos generales, cuerpos especiales en el momento presente. Una vieja polémica». *Revista catalana de dret públic*. Núm. 45, 2012, pp. 63-75.

Sumario

1. El funcionario de carrera: el orden civil
2. De la hegemonía de los cuerpos especiales a la hegemonía de los cuerpos generales
3. La reforma de 2007: el intento de unificar laborales y funcionarios
4. Los diversos sentidos de la laboralización
5. Carrera y personal directivo
6. La realidad: los cuerpos especiales laborales y la continuidad en la politización de la función directiva
7. El derecho de la crisis en la función pública
8. La encrucijada: cuerpos especiales laborales o renacimiento de los cuerpos tradicionales
9. Una reflexión final

La contraposición entre la hegemonía de cuerpos especiales y cuerpos generales es una de las polémicas que reiteradamente se producen en el campo del empleo público. Se trata de una batalla clásica, con elementos míticos. Y como sucede en la contraposición entre funcionarios de régimen estatutario y personal laboral a veces se reduce a una logomaquia, con posiciones tan enfrentadas como sustancialmente poco fundamentadas. No hay duda de que las grandes opciones están ligadas a cuestiones profundas. Así sucede con la polémica entre derecho administrativo y derecho privado. El derecho administrativo es el derecho del Estado y el derecho privado el derecho del mercado. Y obviamente el mayor uso de uno u otro no es indiferente a un enfoque más estatista o más liberal. Pero visto más de cerca las motivaciones concretas son muy variables y a veces contradictorias con las apariencias. En ocasiones el uso del derecho privado puede significar una expansión estatista.

En un momento de prestigio de lo privado, las doctrinas del *public management* son hegemónicas culturalmente y defienden una flexibilidad que está muy lejos de la rigidez que caracteriza a los cuerpos especiales. La imitación de la empresa privada en el sector público parece conducir a una necesaria decadencia de los cuerpos especiales. Igualmente el cambio rapidísimo en los conocimientos y habilidades necesarias para trabajar en una sociedad que muda a ritmo frenético juega también en contra de los prestigiosos cuerpos especiales clásicos. Pero para ver realmente hacia dónde se va en materia de cuerpos especiales hay que aproximarse a su evolución histórica.

1. El funcionario de carrera: el orden civil

Como nos recuerda PARADA,¹ Napoleón quiso crear en Francia la función pública como una orden civil, a imitación de las existentes órdenes militar y eclesiástica. Pero si miramos la orden eclesiástica veremos que hay un clero secular y regular. Y en este último caso cada orden regular tiene un carisma específico. No se entendería la Iglesia católica de la Contrarreforma sin la orden jesuítica o la Iglesia católica de la segunda mitad del siglo XX sin la prelatura del Opus Dei. En determinados momentos históricos una nueva corporación, con una especial sensibilidad por determinadas tareas, ocupa un nuevo papel central. Lo mismo ha sucedido con el orden civil que creó Napoleón. Nuevas tareas especializadas han significado la aparición de nuevos cuerpos de funcionarios con una ética especial y con el orgullo de la misión que les ha sido encomendada. Y precisamente en Francia, y también en España —que siguió el modelo francés—, el prestigio reposó esencialmente en los cuerpos especiales. El *esprit de corps* les distinguía.² Eran colectivos a los que no se podía acceder desde otro cuerpo y que tenían reservadas determinadas funciones en un sector de la Administración pública.

¹ *Derecho del empleo público*, Madrid-Barcelona, 2007, p. 14 y ss.

² Si bien no debe menospreciarse la importancia unificadora que ha tenido la École Nationale d'Administration en Francia desde su creación.

2. De la hegemonía de los cuerpos especiales a la hegemonía de los cuerpos generales

La tendencia que han seguido las reformas de la función pública en los últimos cincuenta años ha sido uniformemente en contra de los cuerpos especiales. La búsqueda de flexibilidad, necesaria en un mundo de cambios cada vez más rápidos, ha jugado en el sentido de no potenciar a unos colectivos especializados en una parcela estricta de funciones. La influencia anglosajona, cada vez más dominante hegemónicamente, ha tenido un peso clave en la tendencia.

El modelo que inaugura la reforma de 1964³ y que continúa hasta hoy es el de un híbrido entre los sistemas de función pública de estructura abierta y de estructura cerrada. En el sistema español de función pública los puestos de trabajo se cubren a la americana, pero solo entre un colectivo de funcionarios a la francesa.

La desaparición de las categorías y la nueva forma de provisión de puestos de trabajo que se inicia en 1964 suponen una disminución de la importancia del papel de los cuerpos de funcionarios. Pero la descripción de puestos de trabajo no se hizo en aquel momento histórico y en la práctica los puestos estaban reservados a un cuerpo de funcionarios determinado.

El sistema adoptado en 1964 adquiere toda su efectividad con la reforma de 1984.⁴ En este segundo momento se procederá a realizar realmente una *job description* y, lo que es más importante, será solo en las relaciones de puestos de trabajo donde se podrán determinar los cuerpos o escalas llamados a ocuparlos,⁵ lo que llevará a generalizar la adscripción indistinta con una intención anticorporativa⁶ y se verá reforzado con la prohibición de que los órganos de selección estén formados por mayoría de miembros de un cuerpo.⁷

La disminución del papel de los cuerpos de funcionarios tuvo peculiar incidencia en los cuerpos especiales y en relación con ellos significó un aumento del peso de los cuerpos generalistas. El cuerpo de administradores civiles pasó a tener una mayor incidencia, como lo demuestra el elevado número de nombramientos políticos.⁸

³ Texto articulado aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero.

⁴ Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública.

⁵ Artículo 26 de la Ley 30/1984: «Los cuerpos y escalas de funcionarios no podrán tener asignadas facultades, funciones o atribuciones propias de los órganos administrativos. Únicamente las relaciones de puestos de trabajo podrán determinar los cuerpos o escalas de funcionarios que puedan desempeñar los puestos a los que corresponda el ejercicio de las citadas funciones».

⁶ Como señala FÉREZ FERNÁNDEZ, Manuel: «[...] estas medidas no contenían un modelo coherente y maduro de función pública, sino que eran tan solo un conjunto desperdigado de preceptos preocupados, en positivo, por poner las bases necesarias para desarrollar una función pública autonómica, y, en negativo, para acabar con determinadas patologías corporativas, por lo cual apostaban por los puestos frente a los cuerpos como unidad básica y por la laboralización como regla general», *La carrera administrativa: nuevas perspectivas*, Barcelona 2006, p. 39. Ya PALOMAR OLMEDA, Alberto, había advertido de la pérdida de sentido de los cuerpos con 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 Artículo 19.2 de la Ley 30/1984: «El Gobierno regulará la composición y funcionamiento de los órganos de selección, garantizando la especialización de los integrantes de los órganos selectivos y la agilidad del proceso selectivo sin perjuicio de su objetividad. En ningún caso, y salvo las peculiaridades del personal docente e investigador, los órganos de selección podrán estar formados mayoritariamente por funcionarios pertenecientes al mismo cuerpo que se 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 DIEZ, Salvador, en PETERS, GUY, y PIERRE, Jon, *La politización de la función pública en una perspectiva comparada*, Madrid, 2010, p. 289.

3. La reforma de 2007: el intento de unificar laborales y funcionarios

El Estatuto básico del empleado público, Ley 7/2007, de 12 de abril, ha dado un paso más en la pérdida de peso específico de los cuerpos especiales. El primero de los objetivos de la ley es la creación de un régimen común para funcionarios y laborales evitando tanto la laboralización radical como la funcionarización completa. Como afirma SÁNCHEZ MORÓN, que presidió la Comisión de Expertos: «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 El aumento del grado de laboralización juega en principio contra los cuerpos especiales y en general contra los cuerpos de funcionarios.

La reforma de 2007 refuerza su carácter laboralizador con el aumento del campo de los pactos y acuerdos con los sindicatos. Las posibilidades de negociación colectiva ya eran muy importantes desde la Ley 9/1987, de 12 de junio, de los órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las administraciones públicas, y se ven ampliadas con la actual regulación.

Otro aspecto de incidencia más indirecta en la materia que nos ocupa es el carácter de ley de bases, entendida como ley que se limita a establecer los principios de la Ley 7/2007.¹⁰

Sin embargo, cualquier valoración de los efectos de la reforma de 2007 debe tener en cuenta que precisamente por su carácter respetuoso con la autonomía de las diferentes administraciones ha dejado un margen decisivo a las normas de desarrollo. En palabras de MARTÍN-REBOLLO, se trata de un Godot que no ha llegado.¹¹ Pero su eventual llegada se ha visto gravemente afectada por la crisis económica. Nos encontramos ante un nuevo derecho público.¹² Y esta nueva situación afecta especialmente a una modificación del régimen de los servidores públicos. Es prácticamente imposible realizar un cambio en la función pública a coste cero. Hacerlo cuando la necesidad es reducir gasto se convierte en imposible si lo que se pretende es una modernización de todo el sistema. En este caso no se intentará la construcción de una nueva función pública, sino que simplemente se harán los cambios más abarcables que permitan la reducción del gasto. Por lo tanto, es absurdo esperar la aparición de la «carrera horizontal» o la «evaluación del desempeño». Tenemos que plantearnos dónde nos encontrábamos cuando llegó la crisis y qué modificaciones se derivan de su fuerza irresistible.

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

¹⁰ En este sentido, vid. SÁNCHEZ MORÓN, *op. cit.*, p. 31 y ss. También MALARET GARCÍA, Elisenda, en MALARET, E., y otros, *Comentaris al règim estatutari dels empleats públics*, Barcelona, 2009, p. 27 y ss.

¹¹ MARTÍN-REBOLLO, Luis, «El Estatuto del Empleado Público: un Godot que no ha llegado», en *Revista de Administración Pública*, nº. 174, 2007, especialmente p. 141 y ss.

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

4. Los diversos sentidos de la laboralización

Nos hemos referido a que la reforma de 2007 pretendía ser un paso decisivo en la laboralización del empleo público. En una primera aproximación ello implica la desaparición o al menos disminución de importancia de los cuerpos. Y eso tendría que ser más cierto todavía en lo relativo al elitismo de los cuerpos especiales. Pero hay que tener en cuenta la diferente significación de los contratos laborales del sector público. Si consideramos la evolución de los contratos laborales en la Administración pública, veremos que se han desplazado de los contratos por actividades manuales a los contratos, a menudo blindados, por tareas de carácter directivo o de gran especialidad técnica.¹³ En esta nueva situación se pone el acento en la pretendida excelencia y especialización del contratado laboral. El giro desde el elitismo y la especialización de los cuerpos especiales es tan radical que es de 360°. Por lo tanto, volvemos a encontrarnos en la antigua situación de salida. De manera sorprendente nos volvemos a encontrar con un colectivo equivalente al de los altos funcionarios.

La diferencia entre los cuerpos especiales y los contratados laborales podría pensarse que reside en la ausencia de posibilidad de carrera de los segundos, pero en la práctica eso no es cierto. Los convenios pactados con los sindicatos dan preferencia en muchos casos a la promoción interna de los trabajadores ya existentes. Se crea así una cierta carrera de los laborales pero excluyendo al personal directivo. La cuestión principal pasa a ser si la carrera abarca al personal directivo.

5. Carrera y personal directivo

Desde 1984, la carrera se basa en el grado. Abolidas las categorías en 1964, el grado pasó a ser el instrumento de una carrera que ya no era de cada cuerpo específico sino de carácter general y abierta a los funcionarios generalistas. Esta carrera ha carecido de coherencia. Ya en 1987 decía Gutiérrez Reñón: «[...] 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 tiene que estar referido a un campo profesional determinado. Y en un sistema de carrera, la identificación de ese campo profesional solo 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 incoherencia hubiera podido ser superada por el establecimiento de unos itinerarios, como sustitutivo flexible del cuerpo a efectos de carrera. La base hubiera sido una formación para la carrera. Debería haber sido una formación para el ascenso, entendido como el acceso a un puesto de trabajo de características

¹³ Lo ha señalado con contundencia crítica DEL SAZ, Silvia, *Contrato no laboral y función pública (Del contrato no laboral para trabajos manuales al contrato no blindado de alta dirección)*, Madrid, 1995, especialmente p. 117 y ss.

¹⁴ GUTIÉRREZ REÑÓN, Alberto, «La carrera administrativa en España: evolución histórica y perspectivas», en *Documentación Administrativa*, nº. 210-211, 1987, p. 59.

diferentes del que se ocupa.¹⁵ Esos itinerarios no se han creado y ha persistido la incoherencia del sistema de carrera.

Un aspecto fundamental en la configuración de la carrera funcionarial es la de provisión de puestos de personal directivo. La ambigüedad ha caracterizado la regulación del personal directivo. La vigente Ley 7/2007 se ocupa del personal directivo en su artículo 13, único artículo de un subtítulo I dentro del título II, que regula las clases de personal al servicio de las administraciones públicas. La solución adoptada es la de la habilitación al Gobierno y a los órganos de Gobierno de las comunidades autónomas para poder determinar el régimen jurídico específico. Es una técnica extraña en una ley tan principal la atribución directa de la competencia al ejecutivo autonómico, sin tener en cuenta la ley de desarrollo autonómica. El artículo 13 no nos aclara si este personal puede tener la condición de funcionario de carrera, aunque si la solución laboral no es la única, parece que se tiene que deducir que existe también la opción funcionarial. La mencionada norma sí nos dice que, cuando el personal directivo tenga carácter laboral, se tratará de contrato de alta dirección y que la determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no será objeto de negociación colectiva. En el momento actual no parece probable que, a pesar de las facilidades deslegalizadoras, se produzca la regulación de la función directiva.¹⁶ Pero no hay que olvidar que en el artículo 23 de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, se regula el personal directivo. En este caso se prevé explícitamente la posibilidad del carácter funcionarial o laboral¹⁷ pero se subraya que el Estatuto de las agencias estatales puede prever puestos directivos de máxima responsabilidad en régimen laboral, mediante contratos de alta dirección.¹⁸

La opción por la laboralización de la función directiva no es una novedad de la Ley de 2006. En la realidad de nuestra Administración ya se viene dando y son una muestra relevante los puestos directivos de las administraciones independientes.

La indefinición legal y la realidad laboralizadora contrastan con la solución dada en el Estado para el personal político de dirección. No se ha alterado la consideración de naturaleza política de los cargos inferiores a ministro o secretario de Estado: subsecretarios, directores generales y equivalentes.¹⁹ Estos cargos, sobre todo en el caso de los directores generales, en muchos países tienen carácter profesional y no

¹⁵ Así lo he defendido en mi trabajo «Las singularidades en la formación de los funcionarios públicos», en *Documentación Administrativa*, núm. 241-242, 1995, p. 485.

¹⁶ Como señala 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 párrafo: «Cuando el personal directivo de las agencias tenga la condición de funcionario permanecerá en la situación de servicio activo en su respectivo cuerpo o escala o en la que corresponda con arreglo a la legislación laboral si se trata de personal de este carácter».

¹⁸ Art. 23.3.

¹⁹ En una encuesta de 1982 un 58,77% de los funcionarios respondían que carrera administrativa significaba para ellos que las direcciones generales fuesen ocupadas por funcionarios. Vid. GUTIÉRREZ RENÓN, *op. cit.*, p. 54. FÉREZ explica que en el Consejo de Ministros, con motivo de la Ley de organización de la Administración central del Estado, se defendió la funcionarización de los directores generales con el argumento de que un 85% de los existentes ya lo eran, pero triunfó la posición contraria. Como es sabido, las deliberaciones del Consejo de Ministros son secretas, pero como señala el citado autor «*se non è vero è ben trovato*». *Op. cit.*, p. 37 y ss.

político. Pero la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), ha persistido en el tradicional carácter político pero exigiendo la condición de funcionario para ocuparlos.²⁰ No pertenecen por lo tanto estos cargos a la carrera funcionarial. Cuando los ocupan los funcionarios no están en situación de servicio activo, sino en la de servicios especiales. Curiosamente, teniendo naturaleza política, no están abiertos a todos los ciudadanos, sino reservados a los funcionarios públicos. La solución adoptada es contradictoria. Si se trata de una actividad profesional tendrían que ser puestos de la carrera funcionarial. Si la naturaleza de la función es política no tiene sentido reservarlos a funcionarios. Es preciso subrayar que la exigencia de ser funcionario no va ligada a unas habilidades o conocimientos necesarios, ya que —excepto los casos de los secretarios generales con rango de subsecretario— estas habilidades o conocimientos no son válidos si se han obtenido sin tener la condición de funcionario de carrera. Se produce una reserva de puestos políticos en favor de un colectivo corporativo, más allá de las exigencias técnicas.²¹

La solución de la LOFAGE no es una auténtica funcionarización de puestos directivos. Se trata simplemente de consagrar legalmente una realidad que ya se daba en la práctica: que en el caso del Estado los altos cargos provenían de la alta función pública. Por eso en las comunidades autónomas se ha seguido con el tradicional carácter político de estas funciones.

6. La realidad: los cuerpos especiales laborales y la continuidad en la politización de la función directiva

La realidad de la función pública española, que no ha alterado el EBEP de 2007, es la de la tendencia al crecimiento de los puestos de especialización técnica y de dirección sometidos a régimen laboral y la persistencia en el carácter político de los puestos iguales o superiores a dirección general, con independencia de que sus ocupantes tengan la condición de funcionarios.

La primera de las características indicadas en el párrafo precedente se hace especialmente visible si consideramos que los organismos reguladores, auténticos laboratorios de ensayo de nuestra Administración y máximos exponentes de tecnicismo y modernidad, que habían optado por la vía laboral, han quedado exentos de la regulación del EBEP, a pesar de las importantes funciones de autoridad que ejercen.²²

Como ya hemos dicho, los pactos con los sindicatos y la inercia organizativa han llevado a que estos puestos laborales, similares en principio a las plazas no escalafonadas, se hayan convertido en auténticos cuerpos especiales. Es en ellos donde se aprecia el especial «carisma» de orden religiosa con una misión renovadora.

²⁰ El artículo 15 exige la condición de funcionario de carrera con titulación universitaria para ser nombrado subsecretario. Y el artículo 17 hace lo mismo para el cargo de secretario general técnico. El artículo 18 exige el mismo requisito para los directores generales, con la excepción de que el Real decreto de estructura del Departamento permita que, en atención a las características específicas de la función de la Dirección General, su titular no tenga la condición de funcionario. Por su parte, el artículo 16 exige para los secretarios generales con rango de subsecretario calificación y experiencia en el desarrollo de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada.

²¹ JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, calificó la LOFAGE como un sistema que se aproxima a un modelo de corporativización de la dirección pública (o de apropiación por los altos cuerpos) y que dificulta el acceso de personas externas a la Administración, *Altos cargos y directivos públicos (Un estudio sobre las relaciones entre política y administración en España)*, Oñati, 1998, p. 319.

²² En tono crítico lo señala SÁNCHEZ MORÓN, *Comentarios a la Ley...*, cit.

Contrasta la progresión de estos cuerpos especiales laborales con la inexistencia de una carrera que permitiera la especialización de los generalistas, que era la orientación que parecía tener la reforma de 1984, en línea de continuidad con la de 1964.

Con respecto a los cargos de nivel igual o superior al de director general, no ha tenido lugar una auténtica profesionalización, simplemente están ocupados por pertenecientes a cuerpos de funcionarios de carrera. No se ha producido el nacimiento de un cuerpo de directivos o de una carrera de directivos abierta a varios cuerpos. Aquí también se produce un contraste con la que parecía la intención de la reforma de 1984. Esta representaba una solución mixta entre el modelo francés y el modelo americano. Pero en el modelo americano puro, en los Estados Unidos, la creación en 1978 del *Senior Executive Service* significó un cambio de modelo, ya que suponía una forma atenuada de cuerpo dentro de un sistema de puestos de trabajo. La doble evaluación para la Agencia interesada y para una junta independiente (*Qualifications Review Board*) y la existencia de programas de acceso, aunque no den automáticamente el derecho a incorporarse al servicio, han creado una isla dentro del sistema americano de función pública.²³ Nada parecido se ha producido. Por lo tanto, no se han llevado a cabo las posibilidades que parecía abrir nuestro sistema de función pública. Téngase en cuenta que la creación más estructurada de la carrera de directivo tampoco garantiza la despolitización. En Italia la regulación de la *dirigenza* no ha impedido encontrarse en una situación en la que, como ha señalado CASSESE, en lugar de pasar los gobiernos y ser permanente la burocracia, el que es estable es el Gobierno y la burocracia es pasajera.²⁴

7. El derecho de la crisis en la función pública

Las posibilidades que ofrecía el sistema mixto de función pública de potenciar una carrera de especialización dentro de los cuerpos generalistas en detrimento de los cuerpos especiales no se han convertido en realidad. La reforma de 2007 exigía un desarrollo por ley estatal y autonómica. Las amplísimas opciones²⁵ de este desarrollo difícilmente se ejercerán. La nueva situación marcada por la crisis económica impide unas reformas que en todo caso exigían un aumento del gasto. Las medidas que se toman también en el terreno de la función pública tienen como principal y a veces único objetivo la disminución del gasto. No hay que esperar grandes novedades que signifiquen un cambio del modelo de función pública existente. Es de prever una estabilización de lo que hay, pero las medidas con finalidad económica inciden en la configuración real de la función pública.

²³ Así lo califica 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 y ss.

²⁴ Citado por ILDEFONSO HUERTAS, *op. cit.*, p. 95.

²⁵ Como ya hemos dicho, el EBEP es una auténtica ley de principios. Su disposición final segunda somete a los respectivos estatutos de autonomía su regulación: «Las previsiones de esta Ley son de aplicación a todas las comunidades autónomas respetando en todo caso las posiciones singulares en materia de sistema institucional y las competencias exclusivas y compartidas en materia de función pública y de autoorganización que les atribuyen los respectivos estatutos de autonomía, en el marco de la Constitución». La cláusula es especialmente importante en la relación entre estatutos de autonomía y legislación estatal. En la doctrina, varios autores: SÁNCHEZ MORÓN considera esta disposición absolutamente superflua y de nulo valor, *Comentarios a la Ley...*, cit., p. 65 y ss. Ortega, Luis, va más allá y opina que los estatutos de autonomía no pueden vincular al legislador básico estatal. Vid. «La extensión de las normas básicas en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», en GÓMEZ HERRERO 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 y ss.

La unificación de personal estatutario y laboral era la primera y más clara de las opciones del EBEP de 2007. El derecho laboral ha tenido cada vez más peso especialmente en puestos de trabajo de gran relieve. Ya en la propia Ley 7/2007 se evidenciaban las evidentes dificultades de aplicación del derecho laboral en la Administración pública, como en el caso de la obligación de readmisión en el supuesto de despido improcedente.²⁶ Ciertamente no poder realizar despidos improcedentes indemnizando cambia sustancialmente la situación del empresario, pero obviamente la Administración no es un empresario que actúe por interés particular y jugándose su dinero.

La reforma laboral aprobada en el Real decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, ha tenido que adaptar algunas normas laborales a las especialidades administrativas. La disposición adicional segunda ha regulado el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público. Esta era una cuestión controvertida, porque las administraciones públicas no tienen ganancias y pérdidas como una empresa privada y su solvencia está ligada al presupuesto. La norma para salvar la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera de las administraciones públicas entiende que concurren causas económicas para el despido cuando se produzca una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes. Y se entiende que la insuficiencia es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos. Establece asimismo que concurren causas técnicas cuando tienen lugar cambios en los medios o instrumentos de la prestación del servicio público correspondiente y causas organizativas cuando se produzcan cambios en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público.

La disposición adicional tercera del Decreto-ley 3/2012 permite la aplicación de las suspensiones de contrato y reducciones de jornada del artículo 47 del Estatuto de los trabajadores a las entidades públicas, cuando se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos en contraprestación de operaciones realizadas en el mercado.

La disposición adicional octava del Decreto-ley de reforma laboral regula las especialidades de los contratos mercantiles y de alta dirección del sector público estatal. El blindaje se limita fuertemente. La indemnización por extinción del contrato se limita a siete días por año de servicio de la retribución anual en metálico, con un máximo de seis mensualidades. Para calcular la retribución anual a efectos de indemnización se tendrá en cuenta la retribución fija íntegra y total, excluyendo los incentivos o complementos variables. Desaparece el derecho a indemnización por extinción de contrato para aquellos que tengan la condición de funcionario de carrera del Estado, de las comunidades autónomas o de las entidades locales o sean empleados de una entidad integrante del sector público estatal, autonómico o local con reserva de puesto de trabajo.

También sufrirá fuertes restricciones la posibilidad de establecer las retribuciones.²⁷ Habrá retribuciones básicas y complementarias. Las retribuciones básicas lo serán en función de las características de la

²⁶ Artículo 96.2 de la Ley 7/2007.

²⁷ Regula las retribuciones el apartado tres de la disposición adicional octava, que dice: «1. Las retribuciones a fijar en los contratos mercantiles o de alta dirección del sector público estatal se clasifican, exclusivamente, en básicas y complementarias. 2. Las retribuciones básicas lo serán en función de las características de la entidad e incluyen la retribución mínima obligatoria asignada a cada máximo responsable, directivo o personal contratado, por razón del grupo de clasificación en que resulte catalogada la entidad por parte de quien ejerza el control o supervisión financiera de ésta o, en su caso, por el accionista. 3. Las

entidad. Las retribuciones complementarias estarán formadas por un complemento de puesto de trabajo y un complemento variable. Lo que interesa resaltar es que aumenta la regulación sobre la retribución. Quedan muchos aspectos por concretar, pero se habilita al Gobierno para desarrollar reglamentariamente estas materias. La habilitación es en favor del ministro de Hacienda y Administraciones Públicas con respecto al sistema de compensación por gastos en concepto de dietas, desplazamientos y análogos.²⁸

Se instaura un control previo de legalidad, mediante la Abogacía del Estado u órgano que preste el asesoramiento jurídico, y se establece la nulidad de pleno derecho para las cláusulas de los contratos que se opongan a lo establecido en la disposición adicional octava.²⁹

La contundencia de la regulación establecida en la disposición adicional octava resulta más evidente si se tiene en cuenta que posee carácter retroactivo, de forma que se aplica a los contratos celebrados con anterioridad a su entrada en vigor, los cuales deberán ser adaptados a la nueva normativa en el plazo de dos meses.³⁰

La disposición adicional octava incide directamente en los contratos laborales blindados para puestos singulares, que ocupa un lugar central en el tema que nos ocupa. Pero en general las normas que hemos considerado constituyen adaptaciones de un derecho laboral que no ha sido pensado para las administraciones públicas.³¹ Y la crisis económica, al exigir la reducción del gasto, ha evidenciado que es más fácil modificar la situación de quien está en un régimen estatutario, o sea, en una posición legal y reglamentaria, que de quien está protegido por un contrato y por una norma paccionada, como son los convenios colectivos.

8. La encrucijada: cuerpos especiales laborales o renacimiento de los cuerpos tradicionales

La crisis ha añadido un nuevo elemento a la situación contradictoria que se daba entre una solución jurídica generalista y una realidad que apostaba por contratos laborales singulares con tendencia a agruparse en cuerpos o una realidad parecida. Este elemento es el de la facilidad de los instrumentos de derecho público para cumplir los objetivos de disminución del gasto en personal. Si las tareas especializadas tienden a la hegemonía y la función pública estatutaria acredita ciertas ventajas, podríamos sacar la conclusión de que es inevitable un renacimiento de los cuerpos especiales tradicionales. Sin embargo, la conclusión sería demasiado atrevida. En tiempos de tanta incertidumbre el oficio de profeta es difícil y arriesgado. Más bien se tiene que decir que nos encontramos en una encrucijada y no sabemos cuál será el camino que se tomará.

retribuciones complementarias comprenden un complemento de puesto y un complemento variable. El complemento de puesto retribuiría las características específicas de las funciones o puestos directivos y el complemento variable retribuiría la consecución de unos objetivos previamente establecidos. Estos complementos serán asignados por parte de quien ejerza el control o supervisión financiera de la entidad o, en su caso, por el accionista. 4. Lo dispuesto en los tres apartados anteriores será de aplicación a las sociedades mercantiles estatales. Para el resto de entes sometidos al ámbito de aplicación de esta disposición se estará al desarrollo que apruebe el Gobierno, de conformidad con lo establecido en el apartado seis».

²⁸ Apartado seis de la disposición adicional octava.

²⁹ Apartado cuatro de la disposición adicional octava.

³⁰ Apartado cinco de la disposición adicional octava.

³¹ Hay muchas más cuestiones en que se producen disfunciones. Baste recordar las diferencias doctrinales y jurisprudenciales sobre la amplitud de la negociación en el caso de los funcionarios.

Un ejemplo que avala el retorno a soluciones más tradicionales es el anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Este anteproyecto de ley pretende fusionar varios órganos reguladores en uno solo, siempre con el objetivo de reducción del gasto. No nos interesa ahora la problemática que ocasiona la fusión de las diferentes funciones en un único organismo. Lo que entra de lleno en la materia que nos ocupa es la regulación que efectúa del personal. En un giro copernicano, el personal directivo solo excepcionalmente podrá ser laboral, y normalmente tendrá que ser funcionario de carrera del subgrupo A 1. Además, rescita el vigente pero olvidado artículo 9.2 de la Ley 7/2007, que reserva a los funcionarios el ejercicio de potestades o funciones públicas.³²

El anteproyecto reserva asimismo el cargo de secretario a un funcionario licenciado en derecho, perteneciente a los cuerpos y escalas del grupo A 1 de la Administración General del Estado.³³ Y va todavía más allá reservando al cuerpo de abogados del Estado la asistencia jurídica, representación y defensa en juicio del órgano regulador.³⁴

El ejemplo que hemos considerado es bastante significativo. Sin embargo, se trata de un anteproyecto que no sabemos si llegará a buen puerto. Por otra parte existen indicios en sentido opuesto. También a modo de ejemplo podemos considerar la política de contratación de profesorado universitario de la Generalitat de Cataluña, encuadrada en el Plan Serra Hunter. La finalidad es explícita: «[...] es [...] objetivo del Gobierno impulsar el uso progresivo de las figuras contractuales de profesorado permanente, recuperando la flexibilidad del marco laboral, y promoviendo, al mismo tiempo, la coexistencia de estas con figuras temporales y rotatorias de asistentes de apoyo a la docencia y a la investigación, con funciones auxiliares definidas en la docencia y la investigación».³⁵ Trata de sustituir el profesorado funcionario por contratado laboral, con una mayor flexibilidad. Se quiere disminuir también la proporción de profesorado permanente sobre el número total de profesores, en el mismo sentido de aumentar la flexibilidad de la plantilla.

El otro gran objetivo del programa Serra Hunter es la atracción de talento proveniente de universidades fuera del sistema de Cataluña, incluyendo la captación de talentos del extranjero. Consecuentemente se prevé la posibilidad de acordar una retribución variable para el ganador del contrato objeto de concurso, en función de los méritos específicos y del grado de cumplimiento de los objetivos establecidos.

La selección se realizará por una comisión nombrada por el rector entre académicos de reconocido prestigio, a propuesta conjunta del rector y la dirección académica del plan (nombrada por la Generalitat), que incluirá al presidente, elegido de común acuerdo, y dos vocales más escogidos por cada uno de ellos. El órgano de selección es nombrado, por lo tanto, de forma paritaria por Generalitat y Universidad, y no estará necesariamente compuesto por los actuales miembros de los cuerpos docentes universitarios. La

³² Artículo 25.7 del anteproyecto: «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 A 1 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».

³³ Artículo 12.

³⁴ Artículo.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 Documento «Objectius del Pla Serra Hunter 2012-2015» de la Dirección General de Universidades del Departamento de Economía y Conocimiento, de fecha 15 de diciembre de 2011.

intervención de la Generalitat tiene el fundamento económico de que esta financiará la mitad del coste de cada una de las contrataciones.³⁶

Contrato laboral, aumento del personal no permanente, flexibilidad retributiva y sistema especial de selección significan el polo opuesto al ejemplo visto anteriormente. En este caso —obviamente si las previsiones se cumplen— se estará avanzando por la vía de los cuerpos especiales laborales, en un sentido contrario al de los cuerpos funcionariales tradicionales. Los dos ejemplos considerados nos muestran que estamos, como ya hemos dicho, en una encrucijada. El tiempo nos dirá hacia dónde vamos.

9. Una reflexión final

Hemos visto cómo la tendencia legislativa hacia la preeminencia de los cuerpos generalistas no había culminado con una correcta estructuración de la carrera. En la práctica se han creado auténticos cuerpos especiales laborales, como contrapeso de los cuerpos especiales tradicionales. La crisis ha llevado a ver el derecho laboral en algunos aspectos como menos flexible que el derecho administrativo. Se produce entonces una contraposición no tanto entre cuerpos generalistas y cuerpos especiales, como entre cuerpos especiales laborales y cuerpos especiales funcionariales tradicionales. No es nuestra misión adivinar la ruta a seguir. Tampoco lo es la valoración política de las posibles opciones. Sí podemos resaltar que la elección esencial se da entre garantía y flexibilidad. Pero garantía y flexibilidad no pueden identificarse con funcionarios y laborales, o con cuerpos especiales y generales. Para un correcto juicio hay que ir más a fondo. Hay que ver en cada caso cuáles son los conocimientos que se requieren: un temario extenso o un máster. Dónde se aprenden estos conocimientos: con un preparador privado, en una universidad, en una *business school* o en un instituto oficial de Administración pública. Quién juzga estos conocimientos: funcionarios del cuerpo, académicos o *headhunters*. Hay que considerar el coste real que significan las retribuciones. Especialmente importante es ver si el «espíritu» del cuerpo es el adecuado a la misión que se le encarga. Y no es despreciable ponderar la tradición del cuerpo y su significación. Un correcto juicio en estos aspectos evitará una politización de cariz partidista, y esta sí podemos concluir que es nefasta para la función pública.

³⁶ No entramos en la compleja cuestión del juego de las competencias de las diferentes administraciones territoriales y las de las universidades.