

Privatización y contractualización en la función pública

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. LA SUPRESION DE LOS INCONVENIENTES DE LA APLICACION INTEGRAL DEL ESTATUTO. A) Inconvenientes respecto a la naturaleza de determinadas funciones. a) Funciones temporales. b) Funciones específicas. c) Funciones imprevistas. B) Inconvenientes estatutarios respecto a las dificultades de gestión de los efectivos. a) Dificultades estatutarias. b) Dificultades presupuestarias. III. LA CONSERVACION DE LAS VENTAJAS DE LA APLICACION MARGINAL DEL ESTATUTO. A) El proceso privatizador. a) Las condiciones de la privatización. b) El alcance de la privatización. B) La contractualización. a) La situación del personal contratado. b) Las consecuencias.

I. INTRODUCCIÓN

Si hay alguna idea equivocada que, no obstante, se expresa de vez en cuando es la de la intangibilidad del Derecho de la función pública. Por una parte, el Estatuto general es reformado periódicamente. La ley de 19 de octubre de 1946, reguladora del Estatuto general de los funcionarios del Estado ¿acaso no anuló el primer Estatuto general establecido por la ley de 14 de septiembre de 1941? Y la ley de 1946 ¿no fue modificada por la ordenanza de 4 de febrero de 1959, que a su vez fue reemplazada por la ley de 11 de enero de 1984? Esto es aún más constatable en el caso de la función pública territorial: leyes de 28 de abril de 1984, de 26 de enero de 1984, de 13 de julio de 1987, por no citar más que las principales.

Artículo traducido por Jesús-Angel FUENTETAJA PASTOR.

Por otra parte, los estatutos particulares de funcionarios del Estado y de las colectividades territoriales son constantemente adaptados por medio de Decretos y precisados por la jurisprudencia. Es cierto que, frecuentemente, estas reformas son emprendidas en el marco clásico del Derecho de la función pública en lo que concierne a sus grandes principios fundadores: principio de profesionalidad, principio de carrera, principio de jerarquía, principio de neutralidad, principio de democracia ... ¿Quizás estas reformas sean insuficientes? Ahora bien, existen otras modificaciones más frecuentes pero, en ocasiones, menos patentes, que merecen atención y reflexión: se trata, fundamentalmente, de la contractualización y de la privatización.

En un sentido amplio la privatización surge con la transposición al estatuto de la función pública de derechos ya consagrados en el sector privado (derecho de huelga, derecho de sindicación...) y de técnicas igualmente experimentadas (gestión preventiva del personal). Sin embargo, esta interpretación es demasiado amplia como para permitir una eficaz distinción con la contractualización. Por ello, se optará por una concepción más restrictiva: la privatización tiende a la aplicación del Derecho privado, es decir, a la sustitución del Derecho público. Puede derivarse de la transformación de un servicio administrativo del Estado en un establecimiento *sui generis* (caso de Correos y Telecomunicaciones) o en un establecimiento público industrial y comercial (paso de la *Radiodiffusion Télévision Française* —RTF— a Oficina de RTF), del cambio de un establecimiento público administrativo en un establecimiento público industrial y comercial, de la transformación de un establecimiento público industrial y comercial en una sociedad anónima de Derecho privado o en una empresa pública y diversas sociedades (desaparición de la ORTF en beneficio de varios establecimientos). Desde entonces, la contractualización no es más que una de las formas —y una de las consecuencias— de la privatización. Ambos procesos se encuentran vinculados entre sí: uno induce al otro. Son las dos caras de la misma moneda. Aquí se trata más de contractualización y privatización de la función pública que en la función pública. Los dos fenómenos presentan numerosos intereses. Antes que nada, un interés político: ¿es posible situar agentes que colaboren con la Administración al margen del Estatuto general? ¿Pueden sustraerse al Estatuto agentes que quieran colaborar con la Administración? El interés sociológico no es menor: ¿por qué y cuándo se producen estas alternativas? El interés público es evidente: ¿cómo y por qué proceso se llega a este resultado? El interés práctico es, igualmente, patente: ¿cuáles son los sectores de la actividad administrativa en que se desarrollan estas tendencias de contractualización y privatización? La evolución de estos dos procesos de privatización y contractualización no es fácil de describir. Parece que no hay períodos más favorables o más proclives en favor de estos dos mecanismos. En

particular, hay que señalar que la ideología política no ejerce la influencia que se podría imaginar. Así, por ejemplo, la moda y la fama del «Thatcherismo» o del «Reaganismo», con su secuela de privatizaciones industriales, comerciales, bancarias y su impulso de «desregulación» apenas han afectado al mundo de la función pública.

Paradójicamente, se puede constatar que la construcción estatutaria territorial, si bien fue introducida en 1983-84, fue en cambio realizada por la mayoría de alternancia de 1986. Ello muestra —aunque no demuestra— que estos dos fenómenos son constantes o más bien insensibles a la coyuntura social y económica. Por otra parte, son tan latentes como frecuentes. En efecto, se puede comprobar que —aparte de algunos cambios llamativos y estrepitosos, generadores de tensiones— la evolución no es siempre aparente. En cambio, su carácter incesante refleja su carácter frecuente. Finalmente, debe tenerse en cuenta su aspecto marginal: esto es cierto en el plano cuantitativo para el personal contratado, pero es así igualmente en el plano cualitativo. Cuantitativamente hay desacuerdo sobre su número exacto, habiéndose contado unos 600.000 en los servicios del Estado. La «Carta a los contratados del sector público» (29 de marzo de 1989), con una cifra de 960.000, se apoyaba en los datos del Instituto Nacional de Estadística así como en los de diferentes estudios económicos, si bien tomando en consideración a los «no titulares y a los empleados del Estado» y al personal de los establecimientos públicos financiados por el Estado y a los agentes de organismos de acción local financiados públicamente por las colectividades locales. Como puede verse la estadística no es neutra. En todo caso, esta cifra —incluso artificial o deliberadamente aumentada— no reviste aún una importancia significativa. Desde el punto de vista cualitativo, tanto la contractualización como la privatización no desembocan automática y sistemáticamente en una ruptura con el estatuto de la función pública. Se trata de productos ligados al Estatuto, generados por él, alimentados por él. Fuera del Estatuto ambos fenómenos pierden su sustancia, su razón de ser. Le son consustanciales, se nutren de él. Como se verá, se trata, en efecto, de dos preocupaciones idénticas y de dos manifestaciones diferentes. Esencialmente, contractualización y privatización responden a dos intentos que proceden de la misma idea: suprimir los inconvenientes de la aplicación integral del Estatuto de la función pública (I), pero conservando la ventajas de su aplicación parcial (II).

II. LA SUPRESIÓN DE LOS INCONVENIENTES DE LA APLICACIÓN INTEGRAL DEL ESTATUTO

Esta supresión encuentra su explicación —sino su justificación— en la naturaleza de determinadas funciones (A) y en las dificultades de gestión (B).

A) INCONVENIENTES ESTATUTARIOS RESPECTO A LA NATURALEZA DE DETERMINADAS FUNCIONES

La naturaleza de determinadas funciones puede explicar la inaplicación del Estatuto: se trata, fundamentalmente, de funciones temporales (a), específicas (b) e imprevistas (c).

a) *Funciones temporales*

El recurso a personal contratado se comprende por el ejercicio de actividades temporales a fin de paliar los momentos de gran actividad. La gestión de tales momentos en determinados períodos del año justifica la selección al margen de los procedimientos normales. Lo mismo puede ocurrir para servicios provisionales pero de duración indeterminada: Ministerio para las Regiones Liberadas, a partir de 1918; Ministerio para la Reconstrucción, después de 1945; Ministerio para los Repatriados, a partir de 1962... El mismo fenómeno puede encontrarse en la Administración institucional: «adaptada a un problema, a un tiempo, a un lugar, debe desaparecer el día en que el problema planteado se ha resuelto». La Dirección de la Función Pública ¿no ha recurrido a la privatización y contractualización «para hacer frente a objetivos cuya permanencia no estaba establecida»? La ley de 11 de enero de 1984, relativa a la función pública del Estado, prevé el recurso a no titulares —a personal contratado, por tanto— para empleos a tiempo parcial o para funciones que correspondan a una necesidad de temporada u ocasional. La ley de 26 de enero de 1984, modificada por la de 17 de julio de 1987, de la función pública territorial, recoge disposiciones idénticas.

b) *Funciones específicas*

La Administración siempre tiene necesidad de especialistas, si bien no puede disponer en su seno de todos los especialistas. Una vez más la privatización y la contractualización le permiten beneficiarse de la cooperación de agentes con conocimientos destacados en un sector determinado y restringido. La introducción de nuevos métodos de previsión, por ejemplo, ilustran lo dicho; así, la misión y racionalización de alternativas presupuestarias en 1971. La ley de 11 de enero de 1984 autoriza la contractualización si no existen cuerpos de funcionarios susceptibles de desempeñar las funciones correspondientes o para los servicios en los que la naturaleza de las funciones o las necesidades de los servicios lo justifiquen (lo mismo ocurre en la ley de 26 de enero

de 1984 para las colectividades locales); casi la mitad del personal docente en Ciencias Sociales o Humanas en determinadas Universidades (como las de Niza o Lyon) es eventual; la casi totalidad de las consultas médico-psicológicas del sector hospitalario son prestadas por personal contratado a tiempo parcial; las obras de arqueología del Ministerio de Asuntos Culturales (producidas por las excavaciones ligadas a las grandes obras en París) son costeadas sobre la base de contratos celebrados por el tiempo que duren las obras (citado por J.C BODIGUEL, *op. cit.*, p. 62) .

c) *Funciones imprevistas*

Las circunstancias económicas, incluso políticas, pueden exigir que nuevas funciones imprevistas e imprevisibles sean aseguradas inmediatamente. Aquí los medios normales no son suficientes y los procedimientos tradicionales inadecuados. Uno de los casos más recientes es el de la reforma de Correos y Telecomunicaciones, que ha tenido que hacer frente a los retos de la modernización, a mercados en constante evolución, así como a una explosión de sus actividades, lo que le ha conducido a integrar una lógica de autonomía y una lógica de empresa, y a eliminar determinados aspectos del Estatuto.

B) INCONVENIENTES ESTATUTARIOS RESPECTO A LAS DIFICULTADES DE GESTIÓN DE LOS EFECTIVOS

Las reglas de procedimiento —especialmente en la función pública— perjudican la eficacia, el dinamismo en la gestión y engendran dificultades estatutarias (a), agudizadas por dificultades presupuestarias (b).

a) *Dificultades estatutarias*

Las dificultades estatutarias derivan de su concepción y de su aplicación. El Estatuto de 1946, modificado en 1959 y en 1983-84, ha sido fundamentalmente concebido por un «Estado gendarme» para agentes de sexo masculino en una Francia estable y rural que no había descubierto aún los métodos modernos de gestión. Esto explica las dificultades del Estatuto para adaptarse a un «Estado providencia», a las exigencias específicas del sexo femenino, a las particularidades de una Francia urbana con una demografía concentrada y al entorno requerido por los nuevos métodos de gestión. Por encima de todo, la aplicación del Estatuto general no siempre permite responder con la

flexibilidad y la rapidez deseables a determinadas necesidades de la Administración. Se pone de relieve, entonces, la complejidad de las operaciones de reclutamiento, así como su pesadez y lentitud. O ¿acaso no fue por ello modificada la ley de 26 de enero de 1984 (relativa a la función pública territorial) para admitir la selección de un no titular para reemplazar momentáneamente a un titular?

Igualmente se subrayan los obstáculos a cualquier forma de movilidad funcional o geográfica, la uniformidad y el automatismo en los ascensos, que no estimulan en nada la asunción de responsabilidades o la iniciativa. Una vez más hay que ser conscientes de la falsedad de todo discurso generalizador. En efecto, la movilidad del personal contratado está lejos de ser conseguida, mientras que la movilidad de los titulares es una realidad. En ocasiones los contratados hacen referencia a la inestabilidad de los titulares: «Somos nosotros quienes aseguramos la continuidad del servicio público. Los contratados constituimos la memoria viva del urbanismo o de la arquitectura. Mientras que los ingenieros de caminos que se ve desfilar parten regularmente al cabo de dos o tres años, justo cuando comienzan verdaderamente a tomar conciencia de los problemas» (citado por J.C. BODIGUEL y L. ROUBAN, *Le fonctionnaire détrôné?*, p. 62). Para ser más explícitos, no hay que olvidar el peso de los sindicatos. M. CROZIER ha constatado, después de mucho tiempo, que «las presiones sindicales se han orientado, casi indefectiblemente, a incrementar la rigidez del conjunto; acostumbrados a reivindicar desde el interior del sistema, se han convertido, de hecho, en los garantes del mismo» (*La société bloquée*, Le Seuil 1974). ¿O no se observa, pese a la crisis económica, una correlación —al menos aparente— entre los Ministerios con una fuerte tasa de sindicalización y los Ministerios con una gran proporción de personal contratado o con tendencias privatizadoras?

A estas dificultades estatutarias —de Derecho y de hecho— se añaden dificultades presupuestarias.

b) *Dificultades presupuestarias*

Estas dificultades son de dos tipos: unas directas (1), otras indirectas (2).

1. *Las dificultades directas*

Las dificultades presupuestarias son patentes en lo que concierne a la creación de puestos de trabajo y a la evolución de las remuneraciones.

Respecto a la creación de puestos de trabajo, el primer problema deriva del principio de la anualidad del Derecho financiero. Este principio obliga a las Administraciones a esperar las negociaciones presupuestarias y los eventuales arbitrajes para conocer la importancia de las creaciones de puestos. Nadie ignora el peso capital de la coyuntura en las decisiones financieras. Aunque estén basadas en los objetivos del plan de desarrollo económico y social o en prioridades del Gobierno necesarias para la realización del programa ya aprobado, no todas las demandas (por muy justificadas que sean) serán atendidas en razón de preocupaciones a corto plazo. Decididas cada año, las creaciones tienen lugar de golpe, sin escalonarse a lo largo del ejercicio presupuestario. Por otra parte, la Dirección del presupuesto —«ese Estado en el Estado»— es, en principio, muy reacia a la creación de empleos. Sabe que cada creación es un factor suplementario de rigidez y que la multiplicación de puestos constituye una amenaza para el equilibrio.

La evolución de las remuneraciones constituye otro freno. El sistema retributivo de la función pública es simple, muy simple. El escalonamiento único conduce a los agentes situados en el mismo nivel jerárquico a percibir el mismo salario, independientemente de la naturaleza de sus actividades, de los servicios en que intervienen, del lugar en el que desempeñan sus funciones o de las categorías de las que dependen. A cada nivel jerárquico corresponde un índice salarial. En consecuencia, es difícil tener en cuenta la competencia particular de un agente, la situación del mercado de trabajo para tal o cual cualificación con vistas a aumentar o disminuir su remuneración. Cuando se deciden discriminaciones —a través de primas, sobre todo— no son lo suficientemente significativas como para hacer atractivas las zonas beneficiarias (barrios desfavorecidos, por ejemplo). No hay que olvidar tampoco que el recurso masivo a personal contratado permite ahorros presupuestarios, pues las primas que les son entregadas suponen, en ocasiones, ¡el 60 % de las primas dadas a los titulares!

2. *Las dificultades indirectas*

El declive de la condición de servicio del Estado en favor de nuevas formas de explotación o el abandono de la calidad de establecimiento público administrativo, por ejemplo, permiten escapar a las reglas de la contabilidad pública y del Derecho financiero. Las quejas sobre la rigidez de la contabilidad pública son lo suficientemente conocidas como para volver aquí una vez más sobre ellas. Nos limitaremos a señalar los dos males mayores: el carácter apremiante del control *a priori* del controlador financiero y el control puntilloso del contable. Por ello, los gestores prefieren sujetarse, más bien, al Plan

Contable General, al control de los auditores de cuentas y a la contabilidad privada.

Todos estos inconvenientes derivados de la aplicación integral del Estatuto ¿desembocan en un rechazo absoluto en favor de las técnicas de la privatización y de la contractualización?

III. LA CONSERVACIÓN DE LAS VENTAJAS DE LA APLICACIÓN MARGINAL DEL ESTATUTO

El entusiasmo por la privatización y la contractualización conducen a sustraerse pero no a abstraerse del Estatuto. Ambas —privatización y contractualización— buscan el reequilibrio entre los derechos del empleador y los de los empleados sin caer en la arbitrariedad. En ocasiones, la aplicación marginal del Estatuto salvaguarda el aspecto capital del mismo: esto es así tanto en el caso de la privatización (A) como en el caso de la contractualización (B).

A) EL PROCESO PRIVATIZADOR

La realización (b) de una operación privatizadora implica el cumplimiento de una serie de condiciones (a).

a) *Las condiciones de la privatización*

Toda privatización se inscribe en un contexto determinado en el que las dificultades funcionales, procedimentales, presupuestarias, sindicales y jurídicas no pueden ser subestimadas.

En primer lugar, hay que contar con las dificultades funcionales: el cambio de naturaleza jurídica del servicio incide directamente en la naturaleza de los empleos. Ello afecta a los procedimientos de selección, de promoción y de movilidad de los agentes («Les établissements publics: transformation et suppression» en *Notes et études documentaires*, n° 4.876, 1989). Por otra parte, las dificultades procedimentales son inevitables: los problemas suscitados por la transformación de una estructura administrativa son lo suficientemente complejos como para estar precedidos de consultas administrativas internas. Incluso aunque no sean obligatorios, estos dictámenes son frecuentemente la condición *sine qua non* de un cambio con éxito. Aparte del dictamen del Consejo de Estado, se precisa la consulta del comité técnico paritario, cuando no la consulta permanente de los sindicatos en una comisión *ad hoc*. En el caso de la reforma de Correos y Telecomunicaciones, ¿acaso

el Ministro P. Quilés no hizo valer una «modernización negociada»? Además, las consideraciones presupuestarias son determinantes al modular, concretamente, la proporción de ventajas anteriores que podrán ser mantenidas por los agentes. Igualmente, las prácticas sindicales no pueden ser ignoradas, pues cuanto más protectores son los Estatutos particulares, más difícil les resultará a los sindicatos apoyar los cambios. Su inclinación natural les llevará a negociar sobre la base de la combinación del mantenimiento de ventajas adquiridas y la obtención de otras nuevas, especialmente en el ámbito de las remuneraciones. Por último, evidentemente, las dificultades jurídicas son decisivas. El Derecho interno ha regulado siempre estos cambios, si bien quedan algunas incertidumbres. Existen apreciaciones contradictorias entre los servicios jurídicos de los diferentes Ministerios y entre éstos y las secciones administrativas del Consejo de Estado ¿No es ésta la razón por la que el Primer Ministro se hizo cargo el 19 de diciembre de 1986 de la sección del informe y de los estudios del Consejo de Estado sobre «las condiciones, modalidades y consecuencias de la transformación y supresión de los establecimientos públicos nacionales» (publicado en *Notes et études documentaires*, n° 4.876, 1989). La evolución de Correos y Telecomunicaciones ha suscitado problemas jurídicos excelentemente analizados en el informe de M. Prévot sobre «el futuro del servicio público de Correso y Telecomunicaciones». (31 de julio de 1989). El Derecho Internacional —y en particular el europeo— juega un papel cada vez más decisivo. A partir de presiones exteriores ligadas a la apertura de fronteras, a la desregulación de determinados sectores, al acondicionamiento de los monopolios nacionales requerido por el Tratado de Roma y al respeto de las reglas sobre la competencia, las evoluciones estatutarias son insoslayables, ya se trate del sector de la pólvora y explosivos, del sector de tabacos y cerillas, de Correos y Telecomunicaciones...

b) *El alcance de la privatización*

La privatización únicamente puede afectar a los funcionarios del Estado, de las colectividades locales y de sus establecimientos públicos administrativos. En principio no interesa a los agentes de los establecimientos industriales y comerciales ya sometidos al Derecho privado. La preocupación por conciliar flexibilidad de gestión y derechos de los agentes puede conducir al legislador que emprenda la privatización a mantener el Estatuto de los funcionarios con las adaptaciones que permita, provisional o permanentemente. En caso de renunciar al mismo, corresponderá al legislador definir el régimen jurídico.

En algunos casos el mantenimiento del Estatuto es provisional: así, el artículo 3 de la disposición de 7 de enero de 1959 —relativa a la

reorganización de los monopolios fiscales de los tabacos y las cerillas— había previsto que hasta la entrada en vigor del nuevo establecimiento público industrial y comercial (SEITA) los funcionarios seguirían «perteneciendo al Ministerio de Hacienda y serían declarados en comisión de servicios o puestos a disposición». La misma solución fue adoptada por la ley de 19 de julio de 1970, creadora de la Sociedad Nacional de Pólvoras y Explosivos.

En otros casos el mantenimiento del Estatuto es permanente. Si un establecimiento público administrativo se transforma en establecimiento público industrial y comercial (EPIC), la situación de los agentes que no dependen de cuerpos propios en el establecimiento no se ve afectada: siguen en comisión de servicios pero su puesta a disposición no es posible. Ésta sólo puede tener lugar en un establecimiento administrativo (Decreto 85-986, de 16 de septiembre de 1985). Para los funcionarios que dependen de cuerpos propios en el establecimiento o en servicio, la solución normal es la transformación de estos cuerpos en cuerpos a extinguir. Después de la ley de 11 de enero de 1984 los EPIC ya no pueden reclutar funcionarios. Los funcionarios de estos cuerpos a extinguir siguen afectados al establecimiento público industrial y comercial. El legislador puede prever que sean afectados a los empleos previstos en el Estatuto si existen agentes privados del establecimiento público industrial y comercial en las mismas condiciones que aquellos (art. 5 de la disposición de 4 de febrero de 1959 y art. 61 de la Ley de Presupuestos para 1963, relativa a los funcionarios del SEITA). Estos funcionarios pueden entonces beneficiarse de las disposiciones del Derecho laboral en la medida en que sean compatibles con el Estatuto de la función pública (CE 13 de enero de 1967, *Syndicat unifié des techniciens de la RTF*). El Consejo de Estado señala en el ya citado Informe de 1989: «Es, pues, conveniente prohibirles la comisión de servicios en uno de los empleos de los agentes de Derecho privado del establecimiento público industrial y comercial. Esta restricción es importante en el plano financiero. Estos funcionarios afectados a un empleo de agente de Derecho privado siguen, en cambio, percibiendo la remuneración correspondiente a su grado. En caso de comisión de servicios, percibirían la remuneración —con frecuencia más elevada— correspondiente al empleo de Derecho privado. Ello equivaldría a reconocerles un derecho de opción sin cambio de estatuto, incluso aunque algunos de sus colegas hubiesen optado por el estatuto de agente de Derecho privado renunciando a su calidad de funcionario». El mayor inconveniente para los agentes de estos cuerpos a extinguir es que se ven penalizados en sus ascensos como consecuencia de la supresión de los reclutamientos; la ventaja que se conserva es, ante todo, la de la seguridad en el empleo.

A veces el legislador ha permitido la «carrera a la carta». Así, la ley de 13 de julio de 1970, creadora de la Sociedad Nacional de Pólvoras y Explosivos (SNPE), estableció que los funcionarios civiles y militares de la Dirección de Pólvoras serían reclutados, a petición de ellos, por la SNPE conservando su estatuto. Las modalidades de la reforma de Correos y Telecomunicaciones (realizada por la ley de 2 de julio de 1990) se asemejan en ciertos aspectos a este dispositivo. El abandono de la condición de «administración del Estado» se traduce no en la constitución de un establecimiento público industrial y comercial, sino en «una construcción jurídica a medida»: la explotación pública (*exploitant public*). Precisamente la particularidad de la nueva estructura se expresa en la condición jurídica de los agentes. Aquí aún se mantiene el estatuto de funcionario, si bien acompañado del conjunto de derechos sociales correspondientes (art. 30). La gestión del personal escapa, en su mayor parte, a los «explotadores». Quizá la originalidad más clara radique en el artículo 29 que permite a los funcionarios ejercer «fuera de la situación de servicio activo» de sus cuerpos. Se trata de asegurar a Correos y a *France Télécom* las «personas competentes de alto nivel necesarias para afrontar la competitividad internacional», otorgando a los interesados condiciones retributivas equivalentes a las que se consienten a los no funcionarios. Por otra parte, los Estatutos particulares pueden derogar el Estatuto general por medio de la supresión de las categorías A, B, C y D, y el establecimiento de cuatro «clases de funciones». Estos funcionarios se reparten por sectores profesionales (gestión comercial, etc.) y por clases de funciones que reagrupan atribuciones o actividades de niveles próximos en un conjunto que garantiza una coherencia con los niveles de estudios. Igualmente se prevé la participación en los beneficios.

Como puede verse, la flexibilidad en la gestión se alcanza, fundamentalmente, utilizando de manera sistemática los procedimientos del Estatuto que siguen siendo de aplicación personal o puntual, a saber, la puesta a disposición o la comisión de servicios. Esta solución ha sido también prevista en el momento de la mutualización de la *Caisse Nationale du Crédit Agricole* (CNCA). Los funcionarios en activo en la CNCA pueden ser declarados en comisión de servicios por un período de 12 años, con derecho a optar por el convenio colectivo.

No obstante, puede suceder que el mantenimiento del personal en la nueva estructura se haga con un cambio de Estatuto. Se pretende aquí ir hacia una mayor privatización del personal sometido al Derecho laboral. Los agentes reclutados por el establecimiento (sociedad de Derecho privado o EPIC) se rigen por el Derecho privado. Generalmente los funcionarios pueden entonces cambiar de estatuto, pues «las reglas de carrera que les regulan no son, por naturaleza, aptas para los métodos de gestión de un EPIC o de una sociedad de Derecho privado».

El Consejo de Estado, en el asunto L'Herbier de 29 de enero de 1965, fue muy claro: una transformación del servicio o del establecimiento no implica de por sí ninguna modificación en el estatuto del personal y no conlleva la pérdida de la cualidad de funcionario. Esto sólo lo puede prever un texto legislativo (*Vid.* Conclusiones Rigaud en el asunto L'Herbier, *AJDA*, 1965, p. 103, n° 2). También es necesaria una ley para obligar a una sociedad de Derecho privado —sucesora de un establecimiento público extinguido— a contratar a todos los funcionarios que hayan elegido renunciar a su estatuto. La solución deja, entonces, un derecho de opción en favor del mantenimiento del estatuto anterior. Esta gestión puede ser limitada en el tiempo: 6 meses para la RTF y la SEITA, 5 años para los funcionarios de la ORTF. La reclasificación de los funcionarios debe tener en cuenta la incidencia en las remuneraciones de su antigüedad y de las funciones que desempeñaban, e irá acompañada de una ganancia financiera como contrapartida de la pérdida de determinadas garantías (traslados, seguridad en el empleo ...).

En ocasiones el procedimiento de opción es implícito. Así, la transformación de la *Caisse Nationale du Crédit Agricole* en EPIC por la Ley de Presupuestos para 1978 permitió a los funcionarios que renunciaron el ser contratados por medio de contratos de Derecho privado. Este procedimiento, que tiene la ventaja de la flexibilidad, no fue recomendado por el Consejo de Estado en su Informe, pues temía que «la ausencia de anuncio legislativo del derecho de opción conduzca a eternizar situaciones de coexistencia de categorías heterogéneas de personal, mientras que la existencia de un texto reglamentario que precise el paso del estatuto de la función pública al Derecho laboral es un factor que favorece los cambios estatutarios». Llama la atención, igualmente, sobre el hecho de que «las organizaciones sindicales tengan tendencia a mostrarse reservadas respecto a un derecho de opción implícito, que corre el riesgo, según ellas, de conducir a elecciones arbitrarias» (p. 18). Protector, este dispositivo legislativo, que debe también regular el problema de los derechos a pensión, es igualmente flexible pues nada impide —transcurrido el tiempo concedido para ejercitar el derecho de opción— a un funcionario dimitir para ser a continuación contratado por medio de un contrato de Derecho privado.

De intensidad variable, la privatización se vale de soluciones que en el Derecho privado no tienen la misma importancia. Ocurre exactamente lo mismo con la contractualización, la cual tampoco se deja encasillar en un estereotipo cualquiera.

B) LA CONTRACTUALIZACIÓN

Aquí también las situaciones están contrastadas, tal y como lo revela el análisis de la situación del personal contratado (a) y las

consecuencias que de ahí se derivan (b). El recurso al personal contratado está hoy en día más limitado. Su reclutamiento sólo es posible en los casos previstos por la ley de 11 de enero de 1984 (para el Estado) y de 26 de enero del mismo año para las colectividades territoriales. Además, el Decreto de 17 de enero de 1986, relativo a las disposiciones generales aplicables a los agentes no titulares del Estado, constituye un «mini estatuto», igual que aquel de 15 de febrero de 1988 para los agentes no titulares de las colectividades locales.

a) *La situación del personal contratado*

Hasta el final de la III República, la jurisprudencia —en general— y la doctrina, por su parte, consideraban que el funcionario y la Administración celebraban un contrato de función pública. La sentencia *Winkell* de 7 de agosto de 1909, dictada por el Consejo de Estado, no deja ninguna duda sobre lo acertado de este análisis, pese a las reservas que haya podido suscitar. Es cierto que ya el Consejo de Estado combinaba contrato y estatuto, y es obligado afirmar que esta situación perdura aún hoy.

El contrato que vincula a un agente con un servicio público administrativo es administrativo desde el momento en que un texto lo somete a la competencia del juez administrativo (CE, 2 de diciembre de 1954, *Gadal R.* 642) o a reglas de Derecho público. Es igualmente administrativo si contiene cláusulas exorbitantes de Derecho común. En fin, lo es si el interesado colabora directamente en el funcionamiento del servicio o ejerce funciones que corresponden al objeto mismo del servicio público. De esta jurisprudencia resulta que los agentes contractuales de Derecho privado están dirigidos en los servicios públicos administrativos por agentes públicos muy poco numerosos. Sólo puede tratarse de personal que desempeña exclusivamente tareas accesorias o, si se prefiere, funciones de intendencia: mantenimiento, restauración. Y son tanto más escasos cuanto que estas tareas se confían frecuentemente a empresas privadas (privatización) o se desempeñan por agentes públicos nombrados (auxiliares...). Para los servicios públicos industriales y comerciales el Director es un agente público que tiene la condición de contratado o de funcionario. Todos estos agentes están, por tanto, en una situación legal y reglamentaria. El recurso a personal contratado es más amplio cuando hay «privatización». Así, la ley de 2 de julio de 1990 (relativa a la reforma de Correos y Telecomunicaciones) amplía las posibilidades de este reclutamiento: «cuando las exigencias particulares de la organización de determinados servicios o la especialidad de determinadas funciones» lo justifiquen. Estos agentes se beneficiarán de un régimen más protector

que en el pasado (convenios colectivos) y estarán representados en las diferentes instancias paritarias. De hecho, el personal contratado nos hace entrar en un mundo lleno de incertidumbres. Además de la incertidumbre de su número, hay incertidumbre en su régimen jurídico. Dependen, según las circunstancias y según proporciones variables, del Derecho laboral (para la formación profesional, el reglamento de conflictos con la *Institution de retraite des contractuels et des agents non titulaires de l'Etat et des collectivités locales: IRCANTEC*) y del Derecho público. Reclutados, a veces, sobre bases inciertas (vacantes, fondos de concursos, pseudo-contratos de estudios) se rigen por textos diversos, dispersos, puesto que no existe un Derecho Público Laboral.

Obviamente la naturaleza del servicio determina la condición del personal, el cual se regirá por el Derecho privado si se trata de un establecimiento público industrial y comercial (CE, 1 de junio de 1953, *Vienne*, R. 692). La única excepción es el Director, es decir, la persona situada a la cabeza del establecimiento o del servicio (CE, 8 de marzo de 1957, *Jalanques de Labeau*, R. 158) y el contable, cuando se trate de un contable público. El legislador, no obstante, puede siempre establecer nuevas derogaciones a estas reglas, como en el caso de la Oficina Nacional de los Bosques (ley de 23 de diciembre de 1964). El juez tiene la misma posición (CE, 15 de diciembre de 1967, *Level*, *AJDA* 1968, p. 228).

b) *Las consecuencias*

En primer lugar, el personal contratado ni tiene ningún derecho al mantenimiento de su estatuto (CE, 2 de marzo de 1949, *Syndicat des services de contrôle technique*, R. 102), ni puede apoyarse en su contrato para oponerse a que se le aplique a su situación modificaciones llevadas a los textos que regulan la categoría a la que pertenece. Tratándose de la remuneración, la Administración no puede modificarla unilateralmente cuando aquella se encuentra prevista y estructurada en el contrato. Si, en cambio, aparece fijada por referencia a un estatuto, será naturalmente modificable como el estatuto mismo (CE, 11 de mayo de 1977, *Syndicat du personnel navigant de l'aéronautique*, *JCP* 1978, II, 18930, nota J. DUFAU). Por otra parte, es claro que el marco de la contractualización viene determinado por el legislador y por el poder reglamentario que determinan las modalidades de recurso al personal contratado. Tal es el caso de la duración de los contratos, cuando el Estatuto general y el Decreto de 17 de enero de 1986 (modificado por el Decreto de 6 de mayo de 1988) exigen que el contrato ligado a una necesidad de temporada no puede exceder de 6

meses, y el que va unido a una necesidad ocasional sólo puede llegar a un máximo de 8 meses. Esta duración es de tres años en los demás casos. La jurisprudencia ha establecido que cuando un contrato de duración determinada prevé una prórroga tácita, pero sin indicar los efectos temporales de dicha prórroga, tal contrato se transforma —si es tácitamente prorrogado— en un contrato de duración indeterminada (CE, 10 de junio de 1983, *M. Perrus*, R. 252). Además, no puede haber más que incertidumbre en el régimen jurídico de algunos de estos contratos. El vacío jurídico está lejos de ser colmado. De ahí que las decisiones administrativas adoptadas por cada organismo público revistan una importancia mayor que la de una u otra disposición legislativa. Así ocurre con el derecho a la formación consagrado por la ley, pero que será otorgado según el beneplácito del servicio empleador. Según uno de los responsables de la Asociación Nacional de contratados del sector público (ANCSP): «el Estado presupuestario le ha ganado la partida al Estado de Derecho. Cuando se impugna una decisión, nosotros respondemos invariablemente: ‘el controlador financiero no quiere. Si no estáis de acuerdo, entablad un contencioso’. Las leyes son aprobadas con el transcurrir de los días por decisiones generalmente irrevocables» (citado por J.C. BODIGUEL y L. ROUBAN, *Le fonctionnaire détrôné?*, Presses de la Fondation des Sciences Politiques, 1991, p. 61). Podrían citarse otros ejemplos. Los médicos especialistas reclutados por los dispensarios municipales reciben como única garantía una carta de reclutamiento con sus vacaciones que pueden ser revocadas discrecionalmente. La antigüedad no es tenida en cuenta en el caso de los especialistas en psicología de la infancia, pues pasan sin solución de continuidad de un contrato a otro, firmado bien por el hospital, bien por el Estado, bien por las colectividades locales. Incluso en el Ministerio de Asuntos Exteriores podrían encontrarse contratados llamados «de reclutamiento interno» a solicitud de un consulado (citado por J.C. BODIGUEL, *op. cit.*, p. 61). Como se ve, la contractualización puede constituir una expresión más limitada que la privatización, permitiendo mayor flexibilidad. Ello permite evitar uno de los defectos anteriores al Estatuto general, a saber, la existencia de disposiciones demasiado dispersas en múltiples contratos, a la vez que asegura una evidente transparencia.

Por el contrario, si se trata de un contrato de Derecho privado se aplicará el Derecho común: Código laboral. No tratándose de agente público, no se beneficia en caso de despido disciplinario de la comunicación del expediente. Los litigios dependen de la jurisdicción ordinaria. La jurisdicción laboral únicamente es competente respecto al personal de Derecho privado de las colectividades locales y de los establecimientos públicos y no públicos del Estado. Estas situaciones *intuitu personae* se encuentran en el origen de una real opacidad, generan

suspicias y no favorecen ni la comparación ni la buena marcha de los servicios.

En conclusión, sólo puede hacerse una constatación —tantas veces advertida— y plantear una cuestión. La consecuencia es evidente. Cinco planes de titularización han sido adoptados a partir de 1946. Sin embargo, se cuenta aproximadamente un contratado por cada 5 agentes del Estado y por cada 3 agentes de las colectividades locales. El ejemplo de los «*maîtres auxiliares*» de la Educación Nacional es el más sintomático. El plan de titularización de 1982-86 ha sido un éxito a medias (Vid. Bernard STEINDECKER, «Le demi échec de la réforme des agents non titulaires de la fonction publique en France 1982-86», *Revue Française de Science Politique*, 4 de abril de 1990, p. 230). A excepción de los establecimientos públicos de carácter científico y tecnológico, el personal más cualificado no ha sido titularizado en tanto en cuanto las asociaciones de contratados no han solicitado la titularización. La titularización ha beneficiado esencialmente a los agentes de las categorías C y D.

Este auténtico fénix que representa la contractualización es fácil de explicar. Su persistencia responde al juego real —y no aparente— de diversos actores. Los sindicatos intentan aumentar el número de sus afiliados y simpatizantes mediante la reducción del personal contratado, especialmente de las categorías C y D, pero tratan igualmente de integrar los salarios de los contratados (inferiores por término medio en un 25% a los de los titulares) en el cálculo de la situación media salarial de la función pública con el fin de disminuir el nivel global de apoyo a sus reivindicaciones. En el otro lado, los responsables administrativos disponen, de esta manera, de una mano de obra disponible, poco reivindicativa, ligada con contratos de tres años renovables expresamente. Por otra parte, los titulares salvaguardan sus carreras comprometidas por una titularización masiva y la ineludible reclasificación. En lo que respecta al gobierno, éste se beneficia de un efecto de anuncio con el plan de titularización y de un anuncio sin efecto con la realización de la contractualización.

El interrogante es obligado: este tipo de regulación del Estatuto por la periferia ¿puede perdurar en el Estado? ¿Va a aumentar o disminuir? La prolongada crisis económica ¿va a modificar la situación? Los titulares bloqueados en sus carreras ¿no van a aceptar —desear— el reclutamiento de nuevos titulares para beneficiarse de promociones internas suplementarias provocadas por un personal contratado que, de otra forma, les haría competencia en el mercado de trabajo? En cambio, los contratados ¿no van a estar tentados de hacer valer su carácter irremplazable por su formación y su adaptabilidad? En consecuencia, ¿no se va hacia una función pública a dos velocidades? Se podría así institucionalizar la separación de los contratados y de los

titulares, sujetando a los primeros al Derecho laboral. Se podría, en otro ámbito, llegar a una combinación de dos regímenes jurídicos con la coexistencia pacífica de dos categorías de agentes, a semejanza del sistema alemán en el que se cifran 1,7 millones de contratados contra 1,9 de funcionarios.

