

EL PERSONAL DIRECTIVO PÚBLICO: UNA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DEL REAL DECRETO 1382/1985

MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ RAMOS

Profesora Titular de Derecho del Trabajo
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Palabras Clave: Alto Directivo, Administración Pública

La regulación del personal directivo de los Organismos públicos ha dado un giro con la posibilidad de aplicación del régimen jurídico-laboral. De forma que la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado público, ha abierto la puerta, en un espacio tan hermético como el sector público institucional, a la entrada de una figura propia del ámbito empresarial, como es la del alto directivo laboral regulado por el Real Decreto 1382/1985.

Sin embargo, la aplicación del régimen jurídico laboral en el ámbito público plantea no pocos problemas, de los que el más relevante es la delimitación con otras figuras jurídicas con las que limita por arriba y por abajo; y al que se añade la indemnización por cese o, en su caso, por despido.

ABSTRACT

Key Words: Managerial Staff, Public Administration

Regulation of managerial staff in Public Institutions has taken a turn with the possibility of applying the labour-law scheme. Pursuant to Law 7/2007, of 12 April, on the Basic Statute of Public Workers' Rights, the door has been opened in a closed space such as public institutions to figures belonging to the business sphere, such as high-level managers regulated by Royal Decree 1382/1985.

However, the implementation of the labour-Law scheme gives rise to many problems, the most relevant of which are the demarcation with other legal figures, with which they limit above and below, and the issue of compensations for dismissal.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA REGULACIÓN JURÍDICO-LABORAL DEL PERSONAL DIRECTIVO EN EL ÁMBITO PÚBLICO COMO MUESTRA DE LABORALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA
3. LA REGULACIÓN DEL PERSONAL DIRECTIVO SOMETIDO A RÉGIMEN JURÍDICO-LABORAL EN EL ÁMBITO PÚBLICO ANTES DEL EBEP. LA DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES SOBRE EL CESE DEL PERSONAL DIRECTIVO
 - 3.1. La Ley de Entidades Estatales Autónomas y el personal directivo
 - 3.2. El personal directivo laboral de los Organismos públicos de la LOFAGE
 - 3.2.1. La configuración y el concepto del personal directivo sometido a régimen jurídico-laboral
 - 3.2.2. Selección, nombramiento y consideración como laboral de la relación jurídica del personal directivo de los organismos públicos de la LOFAGE
 - 3.2.3. El cese de los altos directivos laborales de los organismos públicos de la LOFAGE
 - 3.3. El personal directivo laboral en la Ley de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos: una inclusión constitutiva en el ámbito subjetivo de aplicación del RD 1382/1985
4. EL PERSONAL DIRECTIVO LABORAL EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO. LOS ELEMENTOS DEL EBEP PARA LA DEFINICIÓN DEL PERSONAL DIRECTIVO LABORAL DE LOS ORGANISMOS PÚBLICOS
 - 4.1. La relatividad de la reserva de funciones que impliquen participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses del Estado
 - 4.2. El diferente régimen jurídico del personal directivo en función a su condición como funcionario o como laboral en el ámbito de las Comunidades Autónomas

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP) dispone en su artículo 13.4 «cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección». Consideración aplicable, por disposición del artículo 2.1 del EBEP, a los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas.

Este precepto ha abierto la puerta a la entrada de una figura propia del ámbito empresarial: el alto directivo laboral, regulado por el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, en un espacio tan hermético como el sector público institucional.

La nueva regulación del directivo público ha sido considerada, en la propia Exposición de Motivos del EBEP, “un factor decisivo de modernización administrativa, puesto que su gestión profesional se somete a criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad y control de resultados en función de los objetivos”. Sin embargo, a pesar de la importancia de que se dota a esta figura, nada más

y nada menos que asumiendo un papel fundamental en la modernización de las Administraciones públicas, el régimen jurídico aplicable, laboral o funcional, resulta insuficiente a todas luces para abarcar todas las cuestiones relativas a condiciones de trabajo de este personal; lo que ha dado lugar a una importante casuística de los tribunales, fundamentalmente relativa al cese de su relación jurídica y a la indemnización que pudiera corresponderle, así como a si estamos o no ante personal sujeto al Real Decreto 1382/1985. Esto se ha justificado por la conexión entre el directivo público y la organización administrativa, y entre éste y las potestades de autoorganización de las diferentes CCAA, que, a su vez, ha llevado a la remisión a las CCAA para que regulen el régimen jurídico de este personal¹.

2. LA REGULACIÓN JURÍDICO-LABORAL DEL PERSONAL DIRECTIVO COMO MUESTRA DE LABORALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

No cabe duda de que la posibilidad que ha abierto el EBEP de aplicación del régimen jurídico-laboral a la figura del directivo público en el ámbito del sector público es una muestra más de laboralización de la Función pública; aunque, como veremos, el camino hacia el reconocimiento expreso de esta figura en las Administraciones Públicas y sus Organismos es el resultado de una evolución que marca un punto de inflexión con la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales para la mejora de los servicios públicos; primera norma que determina de manera expresa que los directivos de estos organismos, sujetos al régimen laboral, estarían vinculados a los mismos mediante una relación laboral especial de alta dirección.

La evolución de un modelo de Función pública inspirado exclusivamente en el Derecho Administrativo a un modelo con importantes influencias del Derecho del Trabajo se ha producido progresivamente; siendo el reconocimiento de la posibilidad de contratación en régimen laboral del personal directivo un paso más de esta evolución. Tal evolución ha derivado de la flexibilización de la estructura de las Administraciones Públicas, demasiado rígida para atender convenientemente el cumplimiento de sus fines, que supuso la inclusión de determinados principios e instituciones típicos del Derecho del Trabajo; de la convivencia de personal funcionario y laboral al servicio de las Administraciones Públicas, que facilitó, y sigue facilitando, la ósmosis de

¹ Sánchez Morón, M.: Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del empleado público. Ed. Lex Nova. Madrid, 2008, pág. 104 y 106.

ambos regímenes jurídicos; y, sobre todo, del reconocimiento de los derechos colectivos a los empleados públicos, que ha determinado el acercamiento entre los empleados públicos y la existencia de un parcela de sus Estatutos, que trabajadores y funcionarios comparten².

Tales afirmaciones resultan aplicables a la reforma del régimen jurídico del personal directivo en el ámbito público; porque constituye un paso más dentro de la evolución de la función pública hacia una mayor laboralización. Sin embargo, las previsiones del EBEP se antojan incompletas y confusas, de hecho corresponde a las Comunidades Autónomas determinar el régimen jurídico aplicable, laboral o funcionarial, a los directivos públicos, pero con la previsión de que, en caso de ser el laboral el régimen jurídico elegido, deberá aplicar el Real Decreto 1382/1985, al ser la materia laboral competencia exclusiva del Estado.

La consideración del personal directivo en el ámbito público como elemento desencadenante y pilar básico de la modernización de las Administraciones públicas le convierten en baluarte de la reforma de las Administraciones Públicas, que ha de venir guiada por los principios de modernización y articulación de la Administración que conduzcan a una reordenación y racionalización de la normativa de empleo público, caracterizada por su dispersión y heterogeneidad, incluso tras la aprobación del EBEP.

Estos y otros factores, como el reconocimiento del Estado de las Autonomías y la diversidad de funciones y profesiones en la Función pública, han de tenerse en cuenta a la hora de establecer el modelo a construir. En cualquier caso la nueva estructura de la Administración Pública exige como condición primaria una nueva gestión de los recursos humanos empleados³, donde, sin duda, tendrá un papel relevante la figura de personal directivo sometido al régimen jurídico-laboral.

El hecho de que puedan convivir en un mismo espacio físico personal directivo sometido al régimen laboral y personal directivo sometido a régimen jurídico funcionarial no implica, sin embargo, discriminación. De hecho el Tribunal Constitucional, entre otras en su STC 99/1987, justifica la existencia de ambos regímenes de personal al servicio de la Administración pública, en relación a puestos no directivos, y afirma que son “regímenes jurídicos distintos aplicables a situaciones distintas, uno estatutario y otro laboral, puesto que no

² Rodríguez Ramos, M. J.: El Estatuto de los funcionarios públicos. Su convergencia con el Estatuto de los Trabajadores. Ed. Comares. Granada, 1997.

³ Rusciano, M.: “Contributo alla lettura della riforma dell’impiego pubblico”. Introduzione. VV.AA. L’impiego pubblico nel Diritto del Lavoro. A cura di M. Rusciano e L. Zoppoli. G. Giappichelli Editore. Torino, 1993, pp. XXII.

son los mismos los derechos y deberes de uno y otro personal y es razonable esa distinción, ya que, como se dijo en la STC 57/1982, la igualdad de trato de funcionarios y trabajadores no se infiere de la Constitución, y de ello es prueba la distinta regulación y previsión constitucional, cuyo artículo 35 remite al Estatuto de los Trabajadores y el artículo 103.3 al Estatuto de los funcionarios, lo que justifica las regulaciones diferenciadas, que no parecen irrazonables. Si la distinción entre ambos regímenes es una opción constitucional lícita del legislador, también lo será la diferencia de los elementos configuradores de los mismos, no justificándose por ello la sospecha de arbitrariedad”.

Abunda el Tribunal Constitucional al afirmar que “la vinculación al principio de igualdad no impide al legislador laboral la diversificación de regímenes jurídicos, siempre que el criterio adoptado para introducir la diferenciación supere el canon de constitucionalidad constituido por el artículo 35.2 CE, ya que tal diferenciación sólo alcanza a vulnerar aquél si se encuentra desprovista de una justificación objetiva y razonable, apreciada en relación a la finalidad y efectos de la medida (SSTC 22/1981, 34/1981, 6/1984 y 4/1991)».

3. LA REGULACIÓN DEL PERSONAL DIRECTIVO SOMETIDO A RÉGIMEN JURÍDICO-LABORAL EN EL ÁMBITO PÚBLICO ANTES DEL EBEP. LA DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES SOBRE EL CESE DEL PERSONAL DIRECTIVO

3.1. La Ley de Entidades Estatales Autónomas y el personal directivo

La Ley de 26 de diciembre de 1958, de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas (LEEA), parcialmente vigente hasta la entrada en vigor de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), definía en su artículo 2 a los Organismos Autónomos⁴ y en su personal se integraban los cargos directivos de libre nombramiento del Gobierno o del Ministro competente, los funcionarios públicos de la Administración del Estado con destino en un Organismo autónomo, los funcionarios públicos de tales Organismos y los obreros (art. 79

⁴ Como entidades de Derecho público creadas por la ley, con personalidad jurídica y patrimonio propios, independientes de los del Estado, a quienes se encomienda expresamente en régimen de descentralización la organización y administración de algún servicio público y de los fondos adscritos al mismo, el cumplimiento de actividades económicas al servicio de fines diversos y la administración de determinados bienes del Estado, ya patrimoniales ya de dominio público.

LEEA). El personal directivo era designado y separado libremente por el Ministerio respectivo (art. 9 LEEA) y tenía los derechos y deberes establecidos en las normas aplicables a los Organismos Autónomos (art. 80.1 LEEA). De forma que se configuró al personal directivo como alto cargo, por las propias características de su relación jurídica, de naturaleza administrativa, su no inclusión en el registro de personal⁵ y su nombramiento y cese, fundado en la confianza⁶. De otro lado, la Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria, determinó en su artículo 6.1 qué eran sociedades estatales y preveía “que deberían ajustar sus actividades al ordenamiento privado”, pero sin que ni ésta ni otras Leyes de Presupuestos se pronunciaran sobre el régimen jurídico del personal de las Entidades de Derecho Público en general, ni del personal directivo en particular.

Las Comunidades Autónomas reprodujeron este esquema de Administración Institucional de la Administración General del Estado: Organismos Autónomos, entes de Derecho Público y sociedades mercantiles de capital mayoritariamente público, contemplando iguales estructuras orgánicas, mecanismos de selección, retribución, promoción y carrera administrativa de los empleados públicos.

A pesar de la ausencia de políticas modernizadoras de la función pública, la promulgación de normas de calado como la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función pública, refleja la capacidad del Gobierno del Estado para modificar la gestión de recursos humanos de la Administración General del Estado e incidir, por el carácter básico de la misma, sobre las Administraciones autonómicas⁷. La Disposición Adicional 17ª de esta ley dejó sin efecto las disposiciones que permitían la adscripción de funcionarios a Entes públicos, al establecer que debían optar por integrarse en sus plantillas laborales, quedando como funcionarios en la situación administrativa de excedencia voluntaria o reintegrarse al Departamento al que figura adscrito su Cuerpo o escala; lo que supuso la laboralización de las plantillas de todos los entes de Derecho público, quedando el personal sometido al Derecho del Trabajo.

Ninguna de tales normas contemplaba la posibilidad de aplicación del régimen jurídico-laboral al personal directivo. No obstante, aunque el artículo

⁵ Resolviendo sendas cuestiones de inconstitucionalidad sobre complementos retributivos a funcionarios que habían desempeñado altos cargos, la STC 32/2000, de 3 de febrero, se pronuncian sobre la legalidad de un tratamiento retributivo desigual ante situaciones desiguales.

⁶ STS (3ª) de 18 junio de 1983 (RJ 3336).

⁷ Salvador Serna, M.: La función pública autonómica como institución: ¿Buscando alternativas o reforzando un modelo?. Los casos de la Comunidad de Madrid y la Generalitat de Catalunya”. Revista Española de Ciencia Política nº 12, abril 2005, pág. 137.

15 de la Ley 30/1984 (LMRFP) disponía, con carácter general, la prestación de servicios por funcionarios públicos, al mismo tiempo contempla una serie de excepciones entre las que se incluyen los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño, que será el argumento utilizado por la STS (3^a, 3^a) de 29 de mayo de 1996 (RJ 4449) para rechazar la impugnación del Estatuto del Organismo Autónomo Correos y Telégrafos por cuanto permitía la contratación laboral a puestos directivos de Directores de Área.

El artículo 20.1.b) LMRFP contiene una referencia a los puestos directivos a cubrir por funcionarios públicos, al establecer que sólo puede cubrirse por el sistema de libre designación los puestos de Subdirector general, Delegados y Directores regionales o provinciales, Secretarías de altos cargos, y aquellos otros de carácter directivo o de especial responsabilidad que así se determinen en las relaciones de puestos de trabajo. Paralelamente el artículo 29.2 LMRFP dispuso que pasarían a la situación de servicios especiales los funcionarios nombrados miembros del Gobierno o de los órganos de gobierno de las CCAA o altos cargos de los mismos que no deban ser provistos necesariamente por funcionarios públicos; cuando sean nombrados Subsecretarios, Secretarios generales técnicos o Directores generales y cuando sean nombrados Subdelegados del Gobierno en las provincias o Directores insulares de la AGE y no opten por permanecer en la situación de servicio activo en su Administración de origen. Por su parte, la legislación laboral (art. 46 ET) dispone el pase a la situación de excedencia forzosa del trabajador por designación o elección para cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo, diferente al cargo de carrera⁸.

Una y otra situación, el pase a la situación de servicios especiales para funcionarios y excedencia forzosa para personal laboral se han aplicado de forma restrictiva reservándolas para los altos cargos y estableciendo otras situaciones para el personal directivo sin la consideración de alto cargo: para los funcionarios pasa por la permanencia en situación de servicio activo derivada de la provisión mediante libre designación de un puesto funcional o el pase del funcionario a la situación de excedencia por incompatibilidad, si el puesto

⁸ La jurisprudencia distingue entre el cargo político al que se accede por designación o por elección, cuyo ejercicio imposibilita para la asistencia al trabajo, presupuesto de la excedencia forzosa, de los empleos de gestión o asesoramiento, aunque se trate de puestos de confianza, que llevan a cabo una labor de apoyo a quienes desempeñan cargos políticos, para quienes está prevista la situación de excedencia voluntaria y la suspensión del contrato por mutuo acuerdo de las partes. Por todas, STS (Social) de 13 de noviembre de 2007, r.c.u.d. 3187/2006.

directivo era de una Entidad pública empresarial, con la particularidad de que se computarían a efectos de trienios el período de prestación de servicios en Organismo o entidades del sector público, con la excepción de los prestados en sociedades mercantiles con participación mayoritaria de las Administraciones públicas (art. 23.3 in fine LMRFP).

Para el personal laboral el nombramiento como directivo no alto cargo de un Organismo público pasaría por la suspensión de la relación laboral común por promoción a alta dirección dentro del Organismo público (art. 9.2 RD 1382/1985); o bien a la excedencia por incompatibilidad por acceso a un segundo puesto de trabajo en el sector público (art. 10 Ley 53/1984) o la suspensión del contrato por mutuo acuerdo (art. 45.1 ET) para el caso de que el directivo con relación laboral común perteneciera a otro Organismo público o Administración pública.

El sistema elegido para el acceso a puestos directivos sin la consideración de alto cargo es el sistema de promoción interna para los funcionarios de Organismos Autónomos, y para el personal laboral dentro del mismo Organismo Autónomo o entidad pública empresarial; de otro lado, el acceso a puestos directivos de entidades públicas empresariales de los funcionarios supone la declaración de excedencia por incompatibilidad, y el del personal laboral que accede a puestos directivos de Organismos Autónomos distintos al suyo de origen se articula mediante la suspensión del contrato de trabajo por mutuo acuerdo entre las partes.

Las prescripciones de la LOFAGE, que trasladaron a los Organismos Autónomos las normas sobre provisión de puestos directivos de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de las normas específicas de cada organismo algunas de las cuales contemplaron la contratación de directivos en régimen laboral en una opción avalada por el Tribunal Supremo⁹, no solventó la ausencia de una regulación específica del personal directivo laboral de los organismos públicos¹⁰. Ello no constituyó obstáculo para que por estas entidades se

⁹ STS (3ª, 3ª) de 29 de mayo de 1996 (RJ 4449) estima conforme a Derecho la previsión del Estatuto del Organismo Autónomo Correos y Telégrafos que permitía la contratación laboral a puestos directivos de Directores de Área.

¹⁰ “Uno de los rasgos distintivos de la gestión de personal en el ámbito público es la abundancia de referencias normativas que constriñen y, en ciertas ocasiones, direccionan las opciones y políticas a impulsar. Esta ingente regulación jurídica acaba traduciéndose en un complejo entramado que, lejos de facilitar la labor de las unidades de personal de las administraciones públicas, tiende a generar inseguridad y a exigir importantes conocimientos jurídicos frente a perspectivas alternativas más propias de la gestión de recursos humanos”. Salvador Serna, Miquel: “La función pública autonómica como institución: ¿Buscando alternativas o reforzando un modelo? Los casos de la Comunidad de Madrid y la Generalitat de Catalunya”. Revista Española de Ciencia Política núm. 12, Abril 2005, p. 134.

procediera a la utilización de esta fórmula, hasta el punto de que el Consejo de Ministros tuvo que adoptar el Acuerdo de 17 de diciembre de 1993, por el que se dictan Instrucciones para uniformar y limitar la cuantía de las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo de los altos cargos y personal directivo del Sector Público Estatal¹¹, que se justifica por la dispersión existente en el tratamiento dado a las indemnizaciones por el cese o extinción de la relación jurídica de los altos cargos y directivos en el sector público estatal.

Así, la primera instrucción dispone en su apartado primero que «Los contratos de alta dirección que se suscriban en el ámbito de la Administración General del Estado, Organismos Autónomos de ella dependientes y Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, no podrán incluir cláusula alguna que suponga, para los supuestos de extinción del contrato de trabajo por desistimiento del empresario, una indemnización superior a siete días por año de servicio con un máximo de seis mensualidades».

De otro lado, la Instrucción Primera 2 regula las indemnizaciones aplicables en los contratos laborales de alta dirección de los Presidentes, Vicepresidentes, Directores Generales y demás personal de alta dirección de las Entidades de Derecho Público del artículo 6.1.b) del TRLGP, previendo dos situaciones diferenciadas:

1ª La de los directivos a quienes correspondan las funciones ejecutivas de máximo nivel y los asimilados a alto cargo, que no podrán llevar a cabo actos, pactos o contratos que tengan por objeto reconocer indemnizaciones o compensaciones económicas, cualquiera que sea su cuantía y naturaleza, por el cese del cargo que ocupan (instrucción Primera 2.A); equiparando, de facto, estos puestos directivos a altos cargos, como hiciera poco después la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de Incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y altos cargos de la Administración del Estado.

2ª La del restante personal de alta dirección, para los que sólo pueden pactarse, en casos de extinción y desistimiento del empresario, indemnizaciones que, en la fecha de extinción del contrato, estén previstas para el despido improcedente en el artículo 56 ET, sin poder exceder en ningún caso de doce mensualidades; computando en dicha cuantía las cantidades que pudieran corresponder por incumplimiento total o parcial del preaviso legalmente establecido. Como tampoco puede exceder de esta cuantía máxima, incluyendo asimismo el periodo de preaviso cuando la indemnización se fije por referencia a una cuantía fija (instrucción primera 2.B párrafo primero). Las Entidades de Derecho Público tampoco podrán llevar a cabo actos, pactos o contratos adicio-

¹¹ Resolución de 27 de diciembre de 1993, de la Subsecretaría del Ministerio para las Administraciones Públicas (BOE de 21 de diciembre de 1993).

nales, cualquiera que sea su naturaleza que de manera directa o indirecta, supongan una mejora o complemento de la indemnización pactada en contrato con superación de los límites indicados (instrucción Primera 2.B párrafo segundo).

Aunque el Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de diciembre de 1993¹² no contenga referencia alguna al Real Decreto 1382/1985 es patente que aplica sus prescripciones y usa su propia terminología. Al ser estas instrucciones órdenes o directrices que el Gobierno dirige a órganos inferiores y, no afectando a la regulación normativa de los altos directivos laborales contenida en dicha norma, para ser eficaces deben incorporarse a cada contrato laboral de alta dirección¹³, sin que pueda invocarse su validez si no se han pactado expresamente en el contrato de trabajo¹⁴, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria de quienes suscribieran en nombre del Organismo público estos contratos con el alto directivo sin incluir estas previsiones.

Cuestión distinta es cuando por Ley de Presupuestos se limita la cuantía de las indemnizaciones de los altos directivos laborales de los organismos públicos al mínimo establecido por el Real Decreto 1382/1985, o cuando se pretenden suprimir por Ley autonómica. Así, un ejemplo de limitación de la cuantía de la indemnización se produce en el caso de la Comunidad autónoma

¹² SSTSJ País Vasco (Social) de 19 de octubre de 1999 (AS 4764) y de 24 de julio de 2001 (AS 4433) y STSJ de Asturias (Social) de 26 de septiembre de 2003, rec.suplic. 2114/2002, afirman, en relación a dicho Acuerdo, por el que se dictan instrucciones para uniformar y limitar las cantidades de las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo de los altos cargos y personal directivo del sector público estatal, que dicho Acuerdo no constituye un acto de las Administraciones públicas de los regulados en los artículos 56 y 57 LRJAPPAC por lo que no tiene eficacia ejecutiva. El Acuerdo marca unas directrices orientativas, dejando a salvo las posibles excepciones en cada caso concreto. Por el contrario, la STSJ de Canarias/Las Palmas (Social) de 31 de marzo de 2005 (AS 747) considera dicho Acuerdo una norma jurídica que se integra en el ordenamiento jurídico pero que restringe su aplicación a los Organismo públicos estatales.

¹³ SSTSJ del País Vasco (Social) de 19 de octubre de 1999 (AS 4764), de 24 de julio de 2001 (AS 4433). La STSJ de Asturias (Social) de 26 de septiembre (AS 4016), considera contrario a la buena fe que debe presidir la relación laboral especial de alta dirección, y por ello al art. 2 RD 1382/1985, estipular una cláusula indemnizatoria superior a la prevista en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de diciembre de 1993 y posteriormente alegar que vulnera dicho Acuerdo y que es nula.

¹⁴ Respecto de la aplicación de la Instrucción 3/1986, de 1 de diciembre, del Director General del Ente Público RTVE, sobre Estatuto Interno de Directivos en el Ente Público RTVE y sus Sociedades, y su interacción con el RD 1382/1985 se pronunció la STS (Social) de 9 de marzo de 1994 (RJ 2219), considerando que tal Instrucción carece de valor normativo y que su eficacia sólo puede derivar de su inclusión, como cláusulas generales, en los contratos celebrados para el acceso al puesto directivo, afectando a las partes que lo suscribieron, sin que pueda perjudicar a terceros ni alterar lo pactado en convenio colectivo.

andaluza, donde el artículo 15.4 de la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma para el año 2009, determina que «respecto a las indemnizaciones que pudiesen corresponder al personal de alta dirección de las agencias públicas empresariales, de las entidades de derecho público del artículo 6.1.b) de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de las agencias de régimen especial y de las sociedades mercantiles de participación mayoritaria directa y fundaciones del sector público andaluz, por extinción del contrato, se estará a las cuantías que se establecen, en defecto de pacto, en el RD 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección. En ningún caso, las cuantías de las indemnizaciones podrán ser pactadas por las empresas y los órganos de dirección». Como muestra de supresión por Ley autonómica, la Ley 1/2004, de 31 de mayo, de la Comunidad de Madrid, estableció que no podían pactarse cláusulas indemnizatorias dinerarias o no dinerarias por razón de extinción de la relación jurídica entre el personal contratado como alto directivo por Organismos Autónomos o empresas públicas, tanto con forma de entidad de Derecho público como de sociedad mercantil, y que se tendrían por no puestas, entendiéndolas como nulas, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran incurrir los titulares de los órganos gestores que actúen en representación de la Comunidad Autónoma¹⁵.

En definitiva, la contratación de altos directivos laborales en Organismos públicos seguía sometida a los requisitos generales. A decir de la STS (Social) de 17 de junio de 1993 (RJ 4762): «No hay un concepto especial de alta dirección para las Administraciones Públicas y si éstas en virtud de las normas de Derecho Administrativo no pueden en principio delegar “poderes inherentes” a la esfera de competencia propia de los órganos administrativos superiores, de

¹⁵ La STSJ de Madrid (Social) de 28 de noviembre de 2005 (AS 166) resuelve un caso de desistimiento de la Administración y cese del Director gerente de un hospital público al que la Comunidad Autónoma no reconoce el derecho a indemnización por cese en atención a la Ley autonómica que así lo establece, afirmando que en el ordenamiento laboral común el contrato de trabajo que se extingue por libre decisión del empresario implica el derecho a indemnización; regla aplicable, con matices, en las relaciones laborales especiales. Así, para el personal de alta dirección el artículo 11 RD 1382/1985 permite que el contrato se extinga por desistimiento del empresario, teniendo el trabajador derecho a indemnización, que será pactada o la prevista en dicho precepto. No obstante, la Ley autonómica prohíbe establecer indemnizaciones, que serían auténticos blindajes del contrato contrarios al erario público, sin perjuicio de que se reconozca el derecho a la indemnización prevista en la Ley, concretamente la dispuesta en el artículo 11 RD 1382/1985; siguiendo la doctrina de la STS (Social) de 12 de marzo de 1997 (AS 3576). Un comentario a dicha sentencia en Val Tena, A (del): “Extinción del contrato de alta dirección por desistimiento empresarial: el caso del Director Gerente de un hospital público y la pretendida limitación de las indemnizaciones”. Aranzadi Social 6 (Presentación), 2006 (BIB 2006, 499).

ello se derivarán las correspondientes restricciones en la aplicación de este tipo de contratos, pero sin que en ningún caso sea posible dispensar la concurrencia de alguno de los requisitos que delimitan la alta dirección, permitiendo que se otorgue esta calificación a trabajos que no cumplen las exigencias legales». A partir de esta doctrina se irá construyendo la figura del personal de alta dirección de los organismos públicos.

3.2. El personal directivo laboral de los Organismos públicos de la LOFAGE

3.2.1. Tipología de los Organismos públicos de la LOFAGE

La LOFAGE, en su pretensión de «racionalizar y actualizar la normativa dedicada a la Administración Institucional del Estado», opta por una denominación genérica, “Organismos Públicos”, que agrupa todas las Entidades de Derecho público dependientes o vinculadas a la AGE. Distingue dos modelos: Organismos Autónomos, que realizan actividades fundamentalmente administrativas y se someten plenamente al Derecho público; y Entidades públicas empresariales, que realizan actividades de prestación de servicios o producción de bienes susceptibles de contraprestación económica, regidos por el Derecho privado, aunque les resulta aplicable el régimen de Derecho público en relación con el ejercicio de potestades públicas. La LOFAGE será el modelo para la organización de las Administración institucional de las Comunidades Autónomas bien mediante su aplicación supletoria a los ordenamientos autonómicos por su condición de Derecho Estatal (artículo 149.1.3 de la Constitución), bien por el mimetismo que desarrolla respecto de las Autonomías.

Las correspondencias entre las Entidades de Derecho Público preexistentes a la LOFAGE es obvia: los Organismos Autónomos de la LOFAGE se corresponden con sus homónimos de la LEEA y las Entidades Públicas Empresariales con los Entes de Derecho Público del artículo 6.1.b) del TRLGP¹⁶. En lo que atañe a la naturaleza de estos organismos, como declarara, resolviendo un caso de impugnación de un proceso selectivo en la Entidad Pública Empresarial RENFE, la STSJ de Madrid (3^a, 3^a) de 21 de enero de 2005 (JUR 87811): «todos los Organismos Públicos, sean Organismos Autónomos o EPE, consti-

¹⁶ Lo que se observa en los procesos de adecuación de unos y otros previstos en la Disposición Transitoria Tercera 4 de la LOFAGE, que dispuso que una vez producida dicha adecuación, las remisiones a la Ley General Presupuestaria contenidas en dicha Ley respecto de los Organismos Autónomos y entidades públicas empresariales, se entenderían referidas respectivamente a los Organismos autónomos de carácter administrativo y a las entidades de Derecho público del artículo 6.1.b) del TRLGP en tanto se proceda su modificación.

tuyen entidades públicas vinculadas o dependientes de la AGE, que tienen encomendadas actividades propias de la Administración territorial de la que dependen, lo que en la doctrina es una relación de dependencia la primera característica, y relación de instrumentalidad la segunda, lo que supone en este último caso que el Organismo Público de que se trata, es un instrumento o si se quiere un medio para el cumplimiento de los fines propios del Ministerio del que depende, lo que no significa otra cosa en definitiva que estamos ante lo que se llama Administración institucional, es decir, que se tratan de Administraciones Públicas, porque dependen de la AGE y porque desarrollan fines propios de ésta, con la única particularidad de que por diversas razones –económicas, presupuestarias, de organización, de mayor facilidad para el cumplimiento de sus objetivos, al no tener que sujetarse en determinados casos a las normas de Derecho Público que encorsetan rígidamente a las Administraciones territoriales–, se recurre a un régimen jurídico peculiar, dotándoles de personalidad jurídica, de patrimonio propio y de autonomía de gestión (artículo 42.1 LOFAGE), pero sin que ello suponga que desaparezca su carácter esencial de Administración Pública, descentralizada funcionalmente de la Administración territorial matriz, de la que siguen siendo meros instrumentos, sólo por razones de pura conveniencia política, económica o funcional, como pone de relieve el artículo 44.1 al señalar que: “Los Organismos públicos se ajustarán al principio de instrumentalidad respecto de los fines y objetivos que tengan específicamente asignados”.

Lo anterior bastaría para dejar sentado que cuando hablamos de EPE estamos aludiendo a una clase de Administraciones Públicas, con la consecuencia de que en principio, y salvo que la Ley excepcionalmente disponga lo contrario, la actividad de estas entidades están sujetas al Derecho Administrativo y, por tanto, su control jurisdiccional corresponde a la Jurisdicción contencioso–administrativa, como por otra parte se desprende con claridad meridiana de lo dispuesto en el artículo 2.2 de la LRJAPPAC; sus actividades son propias de la Administración Pública de la que depende, pues son actividades prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación (artículo 53.1 LOFAGE), actividades todas de carácter público, que pueden ser llevadas a cabo también por los Organismos Autónomos, como se desprende del artículo 45.1 LOFAGE, lo que en cierto modo pone de relieve el carácter meramente convencional que a veces se da entre una y otra clase de Organismos Públicos».

3.2.2. *El personal directivo de la AGE en la LOFAGE*

El artículo 6 de la LOFAGE clasifica a los órganos de la AGE, centrales, territoriales y exteriores, en superiores (Ministros y Secretarios de Estado) y

directivos (Subsecretarios y Secretarios Generales, Secretarios Generales Técnicos y Directores Generales y Subdirectores generales en la organización central y Delegados del Gobierno en Comunidades Autónomas con rango de Subsecretario, Subdelegados del Gobierno en Provincias con rango de Subdirector General y Embajadores y representantes permanentes ante Organizaciones Internacionales), reconociéndole además la condición de alto cargo, excepto a los Subdirectores generales y asimilados. Todos los demás órganos de la AGE se encuentran bajo la dependencia o dirección de un órgano superior o directivo (artículo 6.6 LOFAGE). La creación de cualquier órgano administrativo exigirá la determinación de su forma de integración en la Administración Pública de que se trate y su dependencia jerárquica, delimitación de sus funciones y competencias y dotación de los créditos necesarios para su puesta en marcha y funcionamiento (artículo 11.2 LRJAPPAC).

De los órganos directivos con la consideración de alto cargo, los Subsecretarios, Secretarios Generales (con categoría de Subsecretarios), Secretarios Generales Técnicos (con categoría de Director General) y Directores Generales son nombrados y separados por Real Decreto del Consejo de Ministros a propuesta del titular del Ministerio, de acuerdo con los criterios de competencia profesional y experiencia, entre funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades locales, a los que se exija para su ingreso el título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente (artículos 15.2 in fine, 17.3 y 18.2), sin perjuicio de que en el caso de los Directores Generales, el Real Decreto de estructura del Departamento permita que, en atención a las características específicas de las funciones de la Dirección General, su titular no reúna dicha condición de funcionario (artículo 18.2).

Para la STS (3ª, 3ª) de 6 marzo de 2007 (RJ 803) «esta cláusula constituye una concreción del principio de profesionalización de la AGE, que se consagra como principio rector que informa la reforma legislativa que impone la mencionada Ley, y que se materializa en el texto normativo, en cuanto que impone que los Subsecretarios y los Secretarios Técnicos de los Departamentos Ministeriales sean funcionarios en todo caso y los Directores Generales con carácter general. Este modelo de configuración de la organización administrativa del Estado, que se proyecta sobre la designación de los titulares de los órganos que se identifican de dirección de la AGE, en contraposición a los órganos superiores de naturaleza estrictamente política, se justifica, según la Exposición de Motivos de la Ley 6/1997 “como garantía de objetividad en el servicio a los intereses generales”, en cuya virtud, los Directores Generales, caracterizados como altos cargos con responsabilidad directiva, que asumen funciones de gestión de las políticas públicas, habrán de nombrarse entre funcionarios a los que se exige titulación superior, salvo que el Gobierno estime que puede

dispensarse de tal condición, ateniendo a “las características específicas de las funciones” atribuidas a la Dirección General».

No obstante, este principio de profesionalización de la Administración Civil del Estado, en lo que respecta al nombramiento de los Directores Generales, no tiene carácter absoluto, ya que el artículo 18.2 LOFAGE remite a una norma reglamentaria de naturaleza organizativa para que apruebe la estructura de cada Departamento y establezca si el titular de la Dirección General ha de reunir o no la condición de funcionario público, y contiene una habilitación expresa al Gobierno para que determine qué Direcciones Generales de los distintos Ministerios pueden ser desempeñadas por personas que no reúnen la condición de funcionario público

En este sentido, ha considerado la jurisprudencia¹⁷, que la excepción prevista en el artículo 18.2 de la LOFAGE permite al Consejo de Ministros excluir que una determinada Dirección General sea servida, de modo obligado, por funcionario de carrera de nivel superior; y que tal exclusión ha de ser contemplada en el Real Decreto de estructura del Departamento y tener como causa las “características específicas” de las funciones atribuidas a la Dirección General. Esto implica que el Consejo de Ministros, como titular de la potestad de nombramiento, puede designar bien a un funcionario o bien a persona que no ostente tal condición, aunque sí debe reunir los criterios de profesionalidad y experiencia exigibles. Para ello la justificación ha de ser objetiva y razonable, aunque la LOFAGE no ha establecido las “características específicas” que hacen posible tal excepción, pero la jurisprudencia considera que “vendrá justificada por el hecho de que las funciones de una determinada Dirección General no se correspondan con las correlativas, en cuanto a preparación, experiencia y cometido, asignadas a aquellos funcionarios”.

Los nombramientos de los Subdirectores Generales se efectuarán entre funcionarios de carrera de la AGE y, en su caso, de otras Administraciones públicas cuando así lo prevean las normas de aplicación y que pertenezcan a Cuerpos y Escalas, a los que se exija para su ingreso el título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente, de acuerdo con los criterios de competencia profesional y experiencia y conforme al sistema previsto en la legislación específica (artículo 19.2). De otro lado, los nombramientos de los Secretarios Generales habrán de efectuarse de acuerdo con los criterios establecidos para el nombramiento de los Directores Generales entre personas con cualificación y experiencia en el desempeño de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada (artículo 16.3 in fine).

¹⁷ STS (3ª, 3ª) de 6 marzo de 2007 (RJ 803) y de 21 de marzo de 2002 (RJ 2622).

Sin embargo, esta forma de nombramiento de los órganos directivos (o de los altos cargos, según se mire) no es una apuesta por la profesionalización de la alta Administración, sino una reserva de los puestos directivos en favor de los cuerpos de élite de la Administración española. En todo caso, el sistema sigue siendo de designación política, si bien, para algunos puestos directivos se aplica el «spoils system» de circuito cerrado¹⁸.

La LOFAGE opta por organizar la función directiva en lo que se refiere al acceso a tal condición mediante el mecanismo simple de la reserva de los puestos de dirección a quienes tuvieran la condición de funcionarios públicos, sin contener una regulación mínima del resto de elementos que constituyen la relación jurídica del directivo público; además, el modelo se presenta abierto en cuanto admite excepciones al principio general de que los puestos directivos deban ser provistos por funcionarios públicos. De todas las opciones de organización de una función directiva en el ámbito de la AGE esta era sin duda la más fácil y la menos conflictiva¹⁹.

3.2.3. *El personal directivo de los organismos públicos de la AGE en la LOFAGE*

El artículo 47 de la LOFAGE homologa al personal no directivo funcionario y laboral de los Organismos Autónomos estatales al de la AGE, sin perjuicio de las peculiaridades que excepcionalmente pudiera establecer la ley de creación de cada organismo en las materias de oferta de empleo, sistemas de acceso, adscripción y provisión de puestos y régimen de movilidad de su personal y la obligación de éste de aplicar las instrucciones sobre recursos humanos establecidas por el MAP y a comunicarle cuantos acuerdos o resoluciones adopte en aplicación del régimen específico de personal establecido en su ley de creación.

El artículo 55 de la LOFAGE somete al personal de las Entidades Públicas Empresariales al Derecho laboral, con las especificaciones dispuestas en este artículo y las excepciones relativas a los funcionarios públicos de la AGE y, en su caso, de otras Administraciones públicas, quienes se registrarán por la legislación sobre Función Pública que les resulte de aplicación. Dicho precepto contiene, en sus apartados 2, 3 y 5, previsiones sobre selección del personal de las Entidades Públicas Empresariales, determina-

¹⁸ Jiménez Asensio, R.: “La carrera (político) funcional o el tímido retorno de la figura del cesante”. Rep. Aranzadi del Tribunal Constitucional 4/2000 (Estudio) (BIB 2000, 179).

¹⁹ Palomar Olmeda, Alberto: “El modelo de directivos públicos en la AGE”. Actualidad Jurídica Aranzadi 700/2006 (Comentario) (BIB 2006, 117).

ción de sus condiciones retributivas y las competencias que le correspondan sobre este personal que, en todo caso, serán, las que tengan legalmente atribuidas los Organismos Autónomos. Como afirma la STSJ de Madrid (3ª, 3ª) de 21 de enero de 2005 (JUR 87811) «en relación al personal de las EPE el artículo 55.1 dispone que éste se rige por el Derecho laboral, si bien la selección de este personal laboral se hará mediante convocatoria pública basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad, lo que es una manifestación de que ese personal laboral, al desempeñar su trabajo en un ente público, se rige en su selección por los principios propios de la selección de personal, funcionario o laboral, típicos de toda Administración Pública, pues no solo las EPE tienen personal laboral a su servicio, sino que éste existe también en las Administraciones territoriales y en los Organismos Autónomos, aunque limitado a determinadas plazas».

En lo que atañe a personal directivo, el artículo 6.7 de la LOFAGE dispone que los estatutos de los Organismos públicos determinarán sus órganos directivos y el artículo 46 remite para el nombramiento de los titulares de los órganos de los Organismos Autónomos a las normas aplicables a la AGE. El artículo 62.1 de la LOFAGE dispone que los estatutos de las entidades públicas empresariales determinarán de los máximos órganos de dirección del Organismo, ya sean unipersonales o colegiados, así como su forma de designación (apartado a), y las funciones y competencias del Organismo, con indicación de las potestades administrativas generales que éste puede ejercitar, y la distribución de las competencias entre los órganos de dirección, así como el rango administrativo de los mismos en el caso de los Organismos Autónomos y la determinación de los órganos que, excepcionalmente, se asimilen a los de un determinado rango administrativo, en el supuesto de las entidades públicas empresariales (apartado b). A los efectos de esta Ley, los órganos de las entidades públicas empresariales no son asimilables en cuanto a su rango administrativo al de los órganos de la AGE, salvo las excepciones que, a determinados efectos se fijan, en cada caso, en sus estatutos (artículo 54.2 de la LOFAGE).

Estas disposiciones trasladan a los Organismos Autónomos de la AGE las prescripciones sobre nombramiento de titulares de los órganos de ésta, no conteniendo regulación alguna sobre selección de personal directivo de estos organismos, a diferencia de lo que ocurre con las Entidades Públicas Empresariales que, siendo escasas, están presentes en la LOFAGE, cuyo 55.2 innova regulando el personal directivo sujeto al Derecho Laboral de las Entidades Públicas Empresariales, estableciendo que éste debe determinarse en los estatutos de la entidad, nombrados atendiendo a la experiencia en el desempeño de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada conforme a criterios de competencia profesional y experiencia; sin perjuicio de que algún pronun-

ciamiento judicial haya aplicado otra fórmula de ingreso²⁰, y que la determinación y modificación de sus condiciones retributivas requerirán el informe conjunto, previo y favorable de los Ministerios de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda.

En los Organismos Autónomos de la AGE, el silencio normativo sobre la materia y la homologación de su personal funcionario y laboral al de ésta solventa el nombramiento del personal que ocupe puestos directivos aplicando las disposiciones generales sobre la materia contenidas en el artículo 20.1.b) de la LMRFP hasta la entrada en vigor del EBEP. La escala de personal se representaría desde los altos cargos al frente de los órganos superiores de dirección, el personal de plantilla que ocupe puestos de carácter directivo establecido en las correspondientes relaciones de puestos de trabajo preferentemente funcionario aunque con la posibilidad de ser contratado laboralmente si sus normas específicas así lo prevén²¹ mediante una relación laboral común o en su caso especial²², y el resto del personal funcionario y laboral.

3.2.4. *La configuración y el concepto del personal directivo sometido a régimen jurídico-laboral*

La LOFAGE configura al personal directivo de las Entidades Públicas Empresariales de la Administración General del Estado como un escalón intermedio entre los órganos superiores de dirección de estos organismos fijados en sus Estatutos, cuyos titulares tienen la consideración de alto cargo²³, y demás órganos de dirección o incluso puestos directivos singularizados sin carácter orgánico y la plantilla del personal del organismo. Esto constituye una novedad,

²⁰ Como es el derecho de elección a integrarse como fijo (en este caso indefinido no fijo) en la empresa cedente o cesionaria en un caso de cesión ilegal de trabajadores. Así, vid STSJ de Madrid (Social, Sección 2ª) de 28 de julio de 2005 (AS 2595) que declara el derecho del director de la página web de la Entidad Pública Empresarial AENA (Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, personal contratado por Centros Logísticos Aeroportuarios, S.A. (CLASA) y cedido a AENA.

²¹ Posibilidad expresamente admitida por STS (3ª, 3ª) de 29 de mayo de 1996 (RJ 4449) declarando la legalidad del precepto del Estatuto del Organismo Autónomo Correos y Telégrafos que permitía la contratación laboral a puestos directivos de Directores de Área.

²² La STSJ de Madrid (Social, Sección 6ª) de 21 de junio de 2002 (AS 2250) declara la legalidad de la contratación laboral de alta dirección del Gerente de Imprenta del Organismo Autónomo Boletín Oficial del Estado, al disponerlo expresamente la Disposición Adicional del RD 415/1985, de 27 de marzo.

²³ Artículo 1.2.c) de la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de Incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y altos cargos de la Administración del Estado y posteriormente artículo 3.2.e de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de conflictos de intereses de miembros de Gobierno y Altos Cargos de Administración.

puesto que, hasta esta norma, la carencia de una regulación específica de esta materia era la tónica. Sin embargo, ni se establece un concepto especial de alta dirección para las Administraciones Públicas ni se impone, en principio, que este personal tenga que estar vinculado al organismo mediante una relación laboral especial de alta dirección del RD 1382/1985.

El artículo 1.2 del RD 1382/1985 presupone una distinción básica entre las figuras del alto cargo laboral (sujeto a relación laboral especial), el consejero o directivo pasivo (excluido del Derecho del Trabajo), y el simple directivo (sujeto a relación laboral común)²⁴. Por ello, los tribunales del orden social, salvo algún pronunciamiento que declaró la nulidad de un contrato de alta dirección suscrito por una Universidad Pública²⁵, comenzaron a aplicar a los directivos de los organismos públicos la doctrina sobre esta relación laboral especial. Para ello, habría que considerar que «El espacio contractual propio de la relación laboral de alta dirección limita, hacia arriba, con la figura de los denominados consejeros pasivos, cuya actividad se reduce pura y simplemente al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo (art. 1.3.c ET); y, hacia abajo, con la figura del directivo común o medio, encargado de tareas directivas que ni tienen la amplitud de las que son propias del alto cargo, ni se ejecutan con la autonomía característica con la que éste actúa²⁶».

En el ámbito de los organismos públicos el límite que en el sector privado suponen los consejeros pasivos se amplía a los altos cargos, excluidos de la relación laboral especial de alta dirección; así algún pronunciamiento judicial ha considerado altos cargos, negando la relación laboral, en los casos de los Presidentes de los Consejos de Administración de la Junta de Obras del Puerto de Melilla y de la Autoridad Portuaria de Cartagena²⁷; pues las Autoridades portuarias son personificaciones de Derecho público, verdaderas Administraciones públicas²⁸, por lo que no es posible considerar laboral, ni común ni espe-

²⁴ Alonso Olea, M./Casas Baamonde, M^a. E.: *Derecho del Trabajo*. Civitas. Madrid, 2007, pág. 78.

²⁵ STSJ (Social) de la Comunidad Valenciana (Social) de 25 marzo (AS 487).

²⁶ Luján Alcaraz, J.: “Aproximación jurisprudencial al concepto de alto cargo laboral”. *Aranzadi Social* n^o 14/2002.

²⁷ STSJ de Murcia (Social) de 25 de abril 1997 (AS 1977). STSJ de Andalucía/Málaga (Social) de 6 de febrero (AS 1241).

²⁸ Dictamen de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado de junio de 1997 (ref. R. D. 194/97), sobre Declaración de lesividad de actos separables. Adjudicación de contrato laboral de alta dirección con el Presidente de la Autoridad portuaria.

cial, la relación entre el Presidente de la Autoridad portuaria con esta Entidad pública. Posición igualmente defendida por la STS (3^a, 7^a) de 30 de mayo de 2006 (RJ 3352), que confirmó la STSJ de Galicia (Contencioso-administrativo, Secc. 1^a) de 8 de marzo de 2000 (RJCA 872)²⁹.

Es significativo que no haya prosperado algún intento de regular el titular del órgano directivo de una entidad pública empresarial, calificando su relación con el organismo como laboral especial de alta dirección, a la vista de informes de distintos centros directivos de la Administración General del Estado que defendían su carácter de alto cargo, pese a que el Consejo de Estado no objetara esta posibilidad³⁰, como sí lo hizo cuando consideró alto cargo al titular del máximo órgano de dirección de la Entidad Pública Empresarial RED.ES³¹.

Sin embargo, no planteó problemas que el Estatuto de algún organismo recogiera la previsión expresa de que su personal directivo estuviese vinculado a éste mediante relación laboral especial de alta dirección. Así, el artículo 14 del Estatuto del Instituto de Crédito Oficial, aprobado por RD 706/1999, de 30 abril, establece que la relación jurídica de los Directores generales será laboral de alta dirección y que el nombramiento y remoción de los Directores generales corresponde igualmente al Presidente. De otro lado, la Disposición Transitoria Segunda del RD 433/2004, de 12 marzo, que aprueba el Estatuto del Museo Nacional del Prado prevé la opción de integración como personal laboral en régimen especial alta dirección o fuera de convenio a determinados funcionarios con puestos directivos; y será nombrado y separado por la Comisión Permanente del Real Patronato, a propuesta del Director, de acuerdo con las condiciones legales aplicables en cada caso.

²⁹ Igualmente, STSJ de Cataluña (3^a, 1^a) de 12 de abril de 2002 (JUR 206223), declarando la nulidad del contrato laboral especial de alta dirección del Presidente de la Autoridad Portuaria de Tarragona.

³⁰ Caso del RD 164/2002, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Entidad Pública Empresarial Red.es, que suprime la prescripción que figuraba en el proyecto de que el Director General estuviera vinculado al organismo mediante contrato laboral de alta dirección, al existir informes que consideraban que al ser alto cargo estaría excluido de esta relación laboral, pese a la posición contraria del Consejo de Estado en su Dictamen núm. 101/2002, de 31 de enero, sobre Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto de la Entidad Pública Empresarial RED.ES.

³¹ El Dictamen del Consejo de Estado núm. 101/2002, de 31 de enero, sobre Proyecto de RD de aprobación del Estatuto de la Entidad Pública Empresarial RED.ES, señala que el Director General es alto cargo a la vista de la fijación de sus retribuciones en la Ley de Presupuestos, por lo que no podría tener un contrato laboral de alta dirección. Finalmente el Estatuto de la Entidad Pública Empresarial Red.es, aprobado por RD 164/2002, de 8 de febrero, no recoge la referencia de que el Director General esté vinculado al organismo mediante relación laboral especial de alta dirección.

No faltan otros casos similares, así podemos citar la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 415/1985, de 27 marzo, que dispuso que el Gerente de la Imprenta Nacional del BOE, adscrito a la Dirección General, designado libremente por el Presidente del Consejo Rector, estuviese vinculado al mismo mediante relación laboral especial de alta dirección, incluso aunque no cumplierse los requisitos previstos en el RD 1382/1985, como decretó la STSJ de Madrid (Social, Sección 6ª) de 21 junio de 2002 (AS 2250). O la Disposición Transitoria Segunda del Decreto 353/1992, de 11 de diciembre, de la Xunta de Galicia, que establece la estructura orgánica de la Consellería de Economía y Hacienda, al prever que “los puestos de director del Centro del Proceso de Datos, directores adjuntos y cuatro jefes de división, se podrá llevar a cabo de acuerdo con lo dispuesto en el RD 1382/1985»; disposición acorde a la legalidad según la STS (3ª, 7ª) de 18 de octubre de 1999 (RJ 1398), que considera que no vulnera el derecho a acceder a funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad.

3.2.5. *El personal directivo laboral de los organismos públicos de la LOFAGE*

A) Selección, nombramiento y consideración como laboral de la relación jurídica del personal directivo de los organismos públicos de la LOFAGE.

La ausencia de «un concepto especial de alta dirección para las Administraciones Públicas [STS (Social) de 17 de junio de 1993 (RJ 4762)] llevó a pronunciamientos judiciales que excluyeron al personal directivo de los organismos públicos de la relación laboral especial de alta dirección³². Así, la STSJ de Andalucía/Sevilla (Social) de 24 de febrero de 1995 (AS 757)³³ afirma «si bien no hay un concepto especial de alta dirección para las Administraciones Públicas y si éstas en virtud de las normas del Derecho Administrativo no pueden en principio delegar “poderes inherentes” a la esfera de competencia propia de los órganos administrativos superiores, de ello se derivarán las correspondientes restricciones en la aplicación de este tipo de contratos, pero

³² Así, la STSJ de Madrid (Social, Sección 6ª) de 18 de octubre de 2002 (JUR 23693), con cita a numerosas sentencias de dicha Sala. STSJ del País Vasco (Social) de 28 de octubre de 1997 (AS 3534).

³³ Iguales argumentos en SSTSJ de Andalucía/Sevilla (Social) de 26 de febrero (AS 872), de 28 de enero de 2000 (AS 3652), de 15 de septiembre de 2001 (JUR 68831), de 14 de febrero de 2001 (AS 3774), y de 7 de febrero de 2006 (AS 2007, 1473). STSJ del País Vasco (Social) de 3 marzo de 1998 (AS 1296). SSTSJ de Andalucía/Málaga (Social) de 25 de enero de 1995 (AS 188), y de 6 de febrero de 1997 (AS 1241).

sin que en ningún caso sea posible dispensar la concurrencia de alguno de los requisitos que delimitan la alta dirección, permitiendo que se otorgue esta calificación a trabajos que no cumplen las exigencias legales, perfilando la doctrina legal los requisitos para merecer tal consideración, a la luz del artículo 1.2 del RD 1382/1985”, que son:

“1.º) Ejercitar poderes inherentes a la titularidad de la empresa que se incluyan en “el círculo de decisiones fundamentales o estratégicas” [STS (Social) de 6 marzo de 1990 (RJ 1990, 1767)], con independencia de que exista un acto formal de apoderamiento [(STS (Social) de 18 marzo de 1991 (RJ 1870)].

2.º) Los poderes han de referirse a los objetivos generales de la entidad, lo que supone que las facultades otorgadas, además de afectar a áreas funcionales de indiscutible importancia para la vida de la empresa, hayan de ser referidas normalmente a la “íntegra actividad de la misma o aspectos trascendentales de sus objetivos” [(SSTS (Social) de 30 enero y 12 de septiembre de 1990 (RJ 233, 6998)].

3.º) Actuación con autonomía y plena responsabilidad, es decir, con un margen de independencia sólo limitado por los criterios o directrices de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad, por lo que no toda persona que asuma funciones directivas en la empresa puede ser calificada como alto directivo, ya que han de excluirse quienes reciben instrucciones de otros órganos de dirección de la entidad empleadora [SSTS (Social) de 13 mayo y 12 septiembre 1990 (RJ 2065, 6998)]».

Los tribunales han matizado que en las entidades públicas complejas se cumplen los criterios funcionales cuando sus cometidos se extienden, si no a la integridad de la actividad de la empresa pública, sí a aspectos trascendentales de sus objetivos; pues la calificación no se modifica por compartir facultades con otros directivos, cuando “se alcanza la máxima responsabilidad directiva de un área funcional que afecta trascendentalmente al conjunto o gran parte de las funciones de una empresa pública [STSJ de Andalucía/Sevilla (Social) de 14 de febrero de 2001 (AS 3774)].

En atención a la concurrencia de los requisitos referidos, los tribunales del orden social califican la relación del directivo cesado como laboral común o especial de alta dirección caso por caso, declarando la improcedencia del despido en el primer caso o convalidando la validez del cese por desistimiento empresarial en el segundo. Así, se elaboró una amplia casuística, que no estimó como relación laboral de alta dirección a la Directora del Centro de Orientación y Empleo y Secretaria del Consejo Social de la Universidad Complutense de Madrid [STS (Social) de 17 de junio de 1993 (RJ 4762)], al Administrador del Parador Turístico de Puerto Lumbreras [STS (Social) de 12 de septiembre de 1990 (RJ 6998)], al Gerente del

Servicio de Emigrantes Retornados de la Diputación Provincial de Cádiz [STSJ de Andalucía/Sevilla (Social) de 24 febrero de 1994 (AS 757)], ni al Supervisor y coordinador de obras municipales e Inspector General de Servicios del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera [STSJ de Andalucía/Sevilla (Social) de 7 febrero de 2006 (AS 1473)], tampoco al Administrador de Distrito Sanitario del Servicio Andaluz de Salud [STSJ de Andalucía/Sevilla (Social) de 15 de septiembre de 2000 (JUR 68831) y STSJ de Andalucía/Málaga (Social) de 25 de enero (AS 188)] ni al Responsable de Área de Turismo de Mancomunidad Intermunicipal Isantilla [STSJ de Andalucía/Sevilla (Social) de 26 de febrero de 1999 (AS 872)] o al Gerente Delegado del Teatro Principal de Valencia, de la Entidad de Derecho Público “Teatres de la Generalitat Valenciana” [STSJ de la Comunidad Valenciana (Social) de 1 de diciembre de 1997 (AS 7033)].

Por el contrario, sí se han considerado altos directivos al Director de la Orquesta Joven de Andalucía de la Empresa de Gestión de Programas Culturales de la Junta de Andalucía [STSJ de Andalucía/Sevilla (Social) de 14 de febrero de 2002 (AS 3774)], al Director del Instituto Municipal de Bienestar Social del Ayuntamiento de Vitoria [STSJ del País Vasco (Social) de 3 marzo de 1998 (AS 1296)], al Administrador–Gerente del Hospital Municipal de Écija, constituido como organismo autónomo local [STSJ de Andalucía/Sevilla (Social) de 28 de enero de 1999 (AS 2000, 3652)], a la Directora Gerente del Ente Público Hospital de Fuenlabrada [STSJ de Madrid (Social, Sección 1ª) de 28 de noviembre de 2005 (AS 2006, 166)], a la Directora de Gestión y Servicios Generales del Hospital Nuestra Señora de los Reyes de la isla de El Hierro y su área de Salud [STS (Social) de 2 de abril de 2001 (RJ 4124)], al Gerente para la Autoridad Única del Transporte de Gran Canaria [STSJ de Canarias/Las Palmas (Social, Sección 1ª) de 31 de marzo de 2004 (AS 2005, 747)] y al Director del Centro Cultural de España en Túnez del Ministerio de Asuntos Exteriores [STSJ de Madrid (Social, Sección 2ª) de 15 de junio de 1999 (AS 2000, 3199)], al Gerente del Hospital Dos de mayo de Barcelona [STSJ de Cataluña (Social) de 19 de noviembre de 2005 (AS 2006, 639)], o al Responsable del área de comunicación del Servei de Salut de les Illes Balears (IBSALUT) [STSJ de Islas Baleares (Social, Sección 1ª) de 25 febrero de 2004 (AS 1599)], al Gerente del Organismo Autónomo Servicio Provincial de Recaudación de la Excm. Diputación Provincial de Granada [STSJ de Andalucía/Granada (Social, Sección 1ª) de 30 de marzo de 2004 (AS 1981); o al Gerente Provincial de la Agencia de Desarrollo Económico de Castilla y León [STSJ de Castilla y León/Valladolid (Social, Sección 1ª) de 8 de noviembre de 2004 (AS 3070)].

Para ninguno de los pronunciamientos referidos ha obstado que el trabajador hubiera suscrito o no contrato de trabajo de alta dirección, dado que «la

forma escrita es sólo “ad probationem” (art. 4.1 RD 1382/1985)³⁴; pues “la Orden de convocatoria y la aceptación del cargo” constituyen un verdadero contrato por escrito³⁵. Tampoco obsta que se hubiese suscrito contrato laboral común con algún alto directivo, dado que «la calificación de los contratos no depende de cómo hayan sido denominados por las partes contratantes sino de la configuración efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual y las prestaciones que constituyen su objeto³⁶».

En relación a la ubicación del personal directivo en las estructuras administrativas de los Organismos públicos, el criterio utilizado ha sido el carácter directivo de un puesto de trabajo para la cobertura de puestos por el sistema de libre designación; concretamente los artículos 20.1.b) de la LMRFP y 51.2 del Reglamento General de Ingreso y Provisión de Puestos de Trabajo³⁷, contemplan puestos directivos que posteriormente la LOFAGE calificará como órganos directivos sin la consideración de alto cargo, como Subdirector General, Delegados y Directores regionales o provinciales y lo ampliará a los Subdelegados del Gobierno.

El problema que plantea este sistema es que obliga a motivar el carácter directivo de cada puesto de trabajo so pena de que fuera declarada improcedente la provisión del mismo mediante libre designación; sistema reservado para la provisión de puestos directivos por el fallido Anteproyecto de Ley reguladora del Estatuto Básico de la Función Pública y cuestionado, desde la óptica de la pretendida profesionalización de la Función Pública, por aquellos que “por la especial naturaleza de sus funciones así se establezca”. Este inciso es en realidad un portillo abierto a la más completa discrecionalidad y debería restringirse tal ámbito, de hecho ilimitado, ciñéndolo a determinados supuestos con características específicas concretas (por ejemplo, puestos de especial responsabilidad o de estricta confianza). No se ha de olvidar la rectificación que hubo de introducir la Ley 23/1988 tras la STC 99/1987 en la LMRFP para evitar eventuales desviaciones a partir del sistema originario.

La jurisprudencia considera una carga de la Administración justificar (y probar, en su caso) la pertinencia de la libre designación como método de provi-

³⁴ STS (Social) de 7 de marzo de 1988 (RJ 1988, 1859). STSJ de Murcia (Social) de 25 de abril de 1997 (AS 1977), STSJ de Andalucía/Málaga (Social) de 6 de febrero de 1997 (AS 1241). STSJ de Andalucía/Sevilla (Social) de 14 de febrero de 2002 (AS 3774)

³⁵ STSJ de Madrid (Social, Sección 2ª) de 15 junio de 2000 (AS 3199).

³⁶ STS (Social) de 12 de febrero de 2008 (RJ 3473) con cita a las SSTS (Social) de 11 de diciembre de 1989 (RJ 8947) y 29 de diciembre de 1999 (RJ 1427) entre otras muchas.

³⁷ Aprobado por RD 364/1995, de 10 de marzo

sión³⁸; puesto que³⁹ «el sistema de libre designación previsto en la Ley difiere sustancialmente de un sistema de libre arbitrio, ya que su perfil viene delimitado por los siguientes elementos: a) tiene carácter excepcional, en la medida que completa el método normal de provisión que es el concurso; b) se aplica a puestos determinados en atención a la naturaleza de sus funciones; c) sólo entran en tal grupo los puestos directivos y de confianza que la Ley relaciona (Secretarías de altos cargos y los de especial responsabilidad; d) la objetivación de los puestos de esta última clase («especial responsabilidad») está incorporada a las relaciones de puestos de trabajo, que deberán incluir, “en todo caso, la denominación y características esenciales de los puestos” y serán públicas, con la consecuencia facilitación del control». También se ha considerado admisible el desempeño de puestos de trabajo de carácter directivo incluidos en la relación de puestos de trabajo por personal eventual⁴⁰.

En lo que atañe a organismos públicos, la LOFAGE y la LAE han previsto la existencia de personal directivo no identificado con altos cargos, siquiera con órganos administrativos, en lo que el Consejo de Estado califica de “puestos de personal directivo singularizados”, identificando la provisión del artículo 23 de la LAE con el artículo 13 del EBEP⁴¹.

B) El cese de los altos directivos laborales de los organismos públicos de la LOFAGE.

³⁸ Dictamen núm. 1489/1998 (Administraciones públicas), de 4 de junio, sobre Anteproyecto de Ley Reguladora del Estatuto Básico de la Función Pública.

³⁹ Por todas SSTs (3ª, 7ª) de 10 de abril de 1996 (RJ 3634) y de 24 de febrero de 2004 (RJ 1893) que anulan sendas relaciones de puestos de trabajo de Consejería de la Comunidad Autónoma de Canarias por establecer el sistema de libre designación para la provisión de todas las jefaturas de servicios sin justificación de las funciones directivas a desempeñar por las mismas. STSJ del País Vasco (Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 28 de septiembre (JUR 79573), STSJ de Castilla-La Mancha (Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 3 de abril (RJCA 1137) y STSJ de Castilla y León/Burgos (Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 30 de mayo (JUR 231924).

⁴⁰ SSTs (Contencioso-administrativo, Sección 7ª) de 23 de enero de 1997 (RJ 414).

⁴¹ El Dictamen del Consejo de Estado núm. 2090/2007, de 25 de octubre (Administraciones públicas), sobre Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, afirma que: «El artículo 39, además de enumerar qué puestos tendrán la consideración de personal directivo de la Agencia en España y en el exterior, dispone que los puestos directivos correspondientes a los Directores geográficos, de relaciones culturales y científicas y Secretaría general serán cubiertos por funcionarios de carrera, en tanto que los puestos correspondientes al Director de cooperación sectorial y multilateral y al Director de la Oficina de Acción Humanitaria serán cubiertos en régimen laboral, mediante contratos de alta dirección entre titulados superiores y atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia. En el exterior, los puestos directivos de Directores de las Oficinas Técnicas de Cooperación, de los Centros de Formación y de los Centros Culturales se cubrirán en régimen laboral, mediante contratos de alta dirección [...].»

Ante la ausencia de prescripción expresa de la LOFAGE sobre cese del personal directivo de los organismos públicos, los tribunales del orden social han aplicado las reglas generales para calificar un contrato laboral de alta dirección, con importantes implicaciones que afectaban, principalmente, al cese de este personal, de efectos sustancialmente distintos en función a si es una relación laboral común o especial de alta dirección. Por ello, no resulta extraño que en caso de ceses de directivos de organismos públicos, no pactados o no aceptados por el trabajador, éste accionara por despido, lo que ha dado lugar a una rica casuística sobre esta materia; en la que, si la relación laboral era común, el cese pudiera ser constitutivo de despido improcedente, al no existir causa que lo justificara, mientras que en el segundo caso, relación laboral especial de alta dirección, los tribunales han elaborado una teoría del cese donde se ha tenido en cuenta la eventual vulneración de derechos fundamentales, sobre todo cuando es consecuencia de un cambio de partido político en el Gobierno; asimilando a este personal con el de confianza o libre designación, que se antoja más fácil en tanto más detallada sea la regulación del directivo.

Muestra de ello es el caso del Ente RTVE, siendo significativa la STC 190/2001, de 1 de octubre, que considera que el cese de una mujer directiva no vulnera derechos fundamentales, puesto que no es posible homologar su situación a la de quienes tienen un contrato laboral común; quienes para tener la condición de personal fijo en RTVE han de realizar, a diferencia de los directivos nombrados por cada Director General, las correspondientes pruebas de admisión; beneficio que “constituye un hecho distintivo, nacido de la función desempeñada y de la normativa que la regula, que impide concluir que se está ante situaciones iguales que deban ser tratadas igualmente”, por ello, no puede aplicarse igualdad en el régimen extintivo. Esta postura ha sido seguida por los tribunales ordinarios, que han afirmado que la relación de los directivos de este Ente Público, sin consideración de alto cargo, presenta una cualificación jurídico laboral especial por derivar de la Instrucción 3/1986, Estatuto interno de Directivos del Ente Público RTVE, y su cese por pérdida de confianza del Director General no puede calificarse de despido⁴².

Esta misma doctrina ha sido aplicada a FEVE; considerándose legal el cese de un directivo, nombrado libremente en virtud de “la discrecionalidad de la que goza la Presidencia del FEVE, característica de las decisiones administra-

⁴² SSTSJ de Madrid (Social, Sección Sexta) de 18 de octubre de 2002 (JUR 2003, 23693), de 18 de marzo de 1998 (AS 1998, 803), y de 3 de julio de 1997 (AS 2620). Por el contrario, la STSJ del País Vasco (Social) de 26 de octubre de 1997 (AS 3534) considera el cese de un directivo no alto cargo es despido, al existir abuso de derecho en el acuerdo de libre extinción del contrato de trabajo por iniciativa del empresario sin causa alguna y sin compensación.

tivas en materia de autoorganización de sus servicios (SSTC 57/90, 293/93 y 49/03)”, y cesado de igual forma; rechazando vulneración del derecho a la libertad ideológica [STSJ de Madrid (Social, Sección 2ª) de 10 enero de 2006 (AS 948)].

Para la generalidad de organismos públicos sin normativa específica en la materia, la STS (3ª, 7ª) de 30 de mayo de 2006 (RJ 3352) proclama que «toda vinculación profesional con una Administración Pública, tiene que ir precedida de un proceso selectivo regido por los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución). Que la exclusión de esas exigencias constitucionales, a través de la libre designación, se justifica en los cargos de confianza política. Y que esa confianza es la que aconseja que el cese sea igualmente libre». En estos casos prima la relación de confianza, que posibilita que el cese de la persona que le nombró implique, a su vez, como ocurre con el personal eventual, el cese del directivo⁴³.

Es llamativa la postura que defiende que «ante la falta de normativa específica para el personal de confianza de las Administraciones Públicas, debe estimarse correcta la contratación bajo la modalidad de alto cargo aunque no fuera considerado como personal de confianza de primer grado, pues no cabe duda que sus funciones estaban integradas dentro del espíritu general que informa la contratación de los cargos de confianza y por ello nada obstaba al desistimiento previsto en el artículo 10 del RD 1382/85 y al abono del período de preaviso [STSJ de Islas Baleares (Social, Sección 1ª) de 25 febrero de 2004 (AS 2004, 1599)]».

Más contundente se muestra el Auto del Tribunal Constitucional (Sala 2ª) 206/1999, de 28 julio, al declarar que “el hecho de tratarse de una relación jurídico laboral especial sometida al Real Decreto 1382/1985 no significa que no se le deban aplicar ciertas reglas y principios propios del personal al servicio de las Administraciones Públicas” refiriéndose al puesto de Director General de la Fundación del Teatro Lírico, asimilable a alto cargo o personal eventual de confianza política; pues estamos en presencia, por un lado, de un ente privado fundacional que actúa materialmente como organismo público bajo la dependencia directa de dos Administraciones, y por otro de una persona libremente elegida y nombrada por el Patronato de la Fundación, que suscribió el contrato con la entonces Presidenta de dicha Fundación (la Ministra de Cultura); pues ejercía sus competencias sometido a las directrices de política teatral y musical diseñada por el Patronato y cuyo puesto era asimilable, en cuanto al régimen de

⁴³ STSJ de Baleares (Social) de 24 de octubre de 2008 (AS 2931). En el mismo sentido, STSJ de Baleares (Social, Secc. 1ª) de 25 de febrero de 2004 (RJ 1599), STSJ de la Rioja (Social) de 14 de noviembre de 2008 (AS 249), STS (Social) de 2/4/2001 (RJ 4124).

nombramiento y de cese, a los altos cargos de la Administración o incluso al personal de libre designación (SSTC 17/1996, 24/1992, 127/1995, 154/1998 y ATC 81/1996)⁴⁴».

En cualquier caso, no deja de resultar criticable que los tribunales, que han sido capaces de crear por vía jurisprudencial la figura del personal indefinido no fijo de las Administraciones Públicas, sin reflejo legal hasta su inclusión en el artículo 8.1.c) del EBEP, y que surgió como respuesta a las irregularidades en la contratación laboral temporal de las Administraciones Públicas⁴⁵, pero desnaturalizando el artículo 15.3 del Estatuto de los Trabajadores, sean, sin embargo, reacios a establecer por vía jurisprudencial un concepto de alto directivo laboral. Y es que, sin perjuicio de que ha habido intentos puntuales, ante la declaración de que la relación que vincula al directivo con el organismo público es laboral común, lleva a las Administraciones públicas a afrontar indemnizaciones por despido improcedente de cuarenta y cinco días por año más salarios de tramitación en lugar de los siete días año sin salarios de trámite establecidos por el RD 1382/1985; lo que, considerando los elevados sueldos del personal directivo de los organismos públicos, supone un importante quebranto para la Hacienda Pública. Como siempre, la cuerda se rompe por su parte más débil.

3.3. **EL personal directivo laboral en la Ley de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos: una inclusión constitutiva en el ámbito subjetivo de aplicación del RD 1382/1985**

La Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales para la mejora de los servicios públicos (en adelante LAE), destaca en su Exposición de Motivos «la inclusión de la categoría de personal directivo de las Agencias Estatales que se proveerá, mediante procesos internos de selección». Esta Ley modificó el artículo 43 de la LOFAGE introduciendo una nueva tipología de organismo público de la Administración General del Estado, al añadir las agencias estatales; lo que tendrá un importante efecto, tanto en la Administración General del Estado como en las Comunidades Autónomas, dada la tendencia de éstas a seguir los modelos estatales; pues, la mayoría de los Organismos Autónomos y entidades públicas empresariales deberán transformarse en agencias estatales en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la Ley 28/2006, de 18 de julio, por aplicación de su Disposición Adicional Quinta 1.

⁴⁴ Una visión crítica de esta resolución en Moreno Fuentes, Rodrigo: “Derechos fundamentales y relaciones laborales de alta dirección en una fundación constituida por una entidad pública”. Revista Española de Derecho Constitucional núm. 60. Septiembre–Diciembre 2000, págs. 289–317.

⁴⁵ Por todas, SSTS (Social, Sala General), de 20 y 21 de enero de 1998 (RJ 1000 y 1005).

El artículo 18 de la LAE regula al personal de las Agencias estatales, y dejando a salvo al personal directivo, distingue entre aquel que esté ocupando puestos de trabajo en servicios que se integren en la Agencia estatal en el momento de su constitución (apartado 1.1), el personal que se incorpore a ésta desde cualquier Administración pública por los correspondientes procedimientos de provisión de puestos de trabajo previstos en esta Ley (apartado 1.b) que mantiene en ambos casos la condición de personal funcionario, estatutario o laboral de origen, de acuerdo con la legislación aplicable (artículo 18.2) y el personal seleccionado por la Agencia estatal, mediante pruebas selectivas convocadas al efecto (artículo 18.1.c). El personal funcionario y estatutario se rige por la normativa reguladora de la función pública correspondiente, con las especialidades previstas en la ley y las que, conforme a ella, se establezcan en el Estatuto de cada Agencia y personal laboral que se rige por el Estatuto de los Trabajadores y el resto de normativa laboral (artículo 18.3).

En relación al personal directivo de las Agencias estatales, el artículo 23.1 de la LAE lo define como el que ocupa los puestos de trabajo determinados como tales en sus Estatutos en atención a la especial responsabilidad, competencia técnica y relevancia de las tareas a ellos asignadas. Es nombrado y cesado por su Consejo Rector a propuesta de sus órganos ejecutivos, atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia entre titulados superiores, preferentemente funcionarios, y mediante procedimiento que garantice el mérito, la capacidad y la publicidad (artículo 23.2), está sujeto, en el desarrollo de sus cometidos, a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia, eficiencia y cumplimiento de la legalidad, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que le hayan sido fijados (artículo 23.4), y percibe una parte de su retribución como incentivo de rendimiento, mediante el complemento correspondiente que valore la productividad, de acuerdo con los criterios y porcentajes que se establezcan por el Consejo Rector, a propuesta de los órganos directivos de la Agencia Estatal (artículo 24.5). El Estatuto de cada Agencia Estatal puede prever puestos directivos de máxima responsabilidad a cubrir, en régimen laboral, mediante contratos de alta dirección (artículo 23.3).

Si bien la existencia de puestos directivos sujetos a régimen laboral, según las previsiones del Estatuto de cada organismo público, no es nueva, puesto que ya lo preveía el artículo 55.2 de la LOFAGE, sí es novedosa; por cuanto la previsión de que estos puestos directivos deban cubrirse mediante contratos de alta dirección, constituye una inclusión constitutiva en el ámbito subjetivo de aplicación del RD 1382/1985, pese a que no reúnan los requisitos exigidos por su artículo 2. Y así la STSJ de Madrid (Social, Sección 6^a) de 21 junio de 2002 (AS 2250) precisa que «no puede aceptarse la tesis de que, existiendo norma expresa que atribuye el carácter de alta dirección a una relación, deba exigirse

que en ella concurren los requisitos del artículo 1 del RD 1382/1985, pues tal interpretación vaciaría de contenido a tal norma específica al no existir ningún caso al que se pudiera aplicar.

Esta inclusión es análoga a la realizada, para los puestos directivos del personal de la Administración del Estado destacado en servicios en el exterior encargado de la realización de funciones en materia de cooperación oficial para el desarrollo, por el artículo 30.2 de la Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo, que señala que podrán ser desempeñados por personal contratado por una relación laboral especial de las previstas en el artículo 2.1.a) del Estatuto de los Trabajadores; o para los directivos de hospitales y centros sanitarios del Sistema Nacional de Salud realizaran las Disposiciones Final Séptima de la Ley 31/1991, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, y Adicional Décima 4 de la Ley 30/1999, de 5 octubre, sobre Selección y Provisión de Plazas de Personal Estatutario de los Servicios de Salud⁴⁶.

Al igual que ocurriera con el personal directivo de los organismos públicos de la primitiva redacción del artículos 43 de la LOFAGE (Organismos Autónomos y entidades públicas empresariales), el de las Agencias Estatales sigue teniendo el límite por arriba de los altos cargos, sujetos a una relación administrativa que excluye su calificación como laboral⁴⁷, situándose como estadio intermedio entre éstos y el personal ya funcionario, ya laboral de plantilla.

⁴⁶ Luján Alcaraz, J.: "Aproximación jurisprudencial al concepto de alto cargo laboral". *Aranzadi Social* nº 14/2002. La STS (Social, Sala General) de 2 abril 2001 (RJ 4124) señala que «la normativa reguladora del personal de alta dirección se aplica a determinados directivos de centros sanitarios los cuales no cumplen en absoluto, los requisitos y presupuestos necesarios para poder ser incluidos en el concepto de personal de alta dirección».

⁴⁷ En este sentido, el Dictamen núm. 52/2008, de 21 de enero, del Consejo de Estado, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Estatal Antidopaje, se pronuncia: «2.5. Segundo informe de la Subdirección General de Organización del Ministerio de Administraciones Públicas (10 de diciembre de 2007) [...] Así, en tanto se preveía que la cobertura del puesto de Director de la Agencia se haría mediante un contrato laboral de alta dirección, se recuerda que, conforme a la Ley de Agencias, el régimen jurídico aplicable al Director es el de los altos cargos. Además, a efectos de la determinación de los requisitos para poder ser nombrado Director, se indicaba la necesidad de concordarlos con lo dispuesto en el RD 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales». Tras este dictamen desaparece del proyecto de Decreto la referencia a contrato de alta dirección del Director General del organismo.

4. EL PERSONAL DIRECTIVO LABORAL EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO. LOS ELEMENTOS DEL EBEP PARA LA DEFINICIÓN DEL PERSONAL DIRECTIVO LABORAL DE LOS ORGANISMOS PÚBLICOS

El Estatuto Básico del Empleado Público, que incluye en su ámbito de aplicación a los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas (artículo 2.1), contiene en su Exposición de Motivos dos referencias al personal directivo, una al justificar la tipología de empleados públicos y otra al justificar el sistema de incompatibilidades, que habrá de adaptarse al nuevo régimen jurídico previsto en el Estatuto.

En relación a las incompatibilidades, la Disposición Final Tercera apartado 2 del EBEP, modifica la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al servicio del sector público, disponiendo, la nueva redacción del artículo 16.1, que no podrá autorizarse o reconocerse compatibilidad al personal directivo, incluido el sujeto a la relación laboral de carácter especial de alta dirección. En ese sentido, la Disposición Final Tercera refuerza la total incompatibilidad del personal directivo, incluido el laboral, para el desempeño de cualquier actividad privada. Y además se incluye en el personal sujeto a la Ley 53/1984 [...], al personal al servicio de Agencias, así como de Fundaciones y Consorcios en determinados supuestos de financiación pública, como consecuencia de la aparición de nuevas figuras y entes».

Junto a estas precisiones, el EBEP dispone que la determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva a los efectos de esta Ley (artículo 13.4), para lo que excluye de la obligatoriedad de la negociación a esta materia (artículo 37.2.c del EBEP); aspecto que no será tratado en este trabajo por exceder del objeto de estudio.

4.1. La relatividad de la reserva de funciones que impliquen participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses del Estado

La proposición final del artículo 13.4 del EBEP dispone: «cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección», lo que debe compatibilizarse con la prescripción del artículo 9.2 del EBEP, que determina que, en todo caso, el desempeño de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones públicas corresponde

exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración pública se establezca; prescripción que se complementa en la Administración local con la previsión de la Disposición Adicional Segunda 1.1 del EBEP, que determina que son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente a funcionarios, las que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería.

Asimismo, hemos de añadir que el artículo 14.4 del EBEP determina que las relaciones laborales de los directivos de organismos públicos regidos por el Derecho laboral sea la especial de alta dirección desde su entrada en vigor, sin contemplar esta ley disposición transitoria alguna que determine lo contrario, por lo que debe aplicarse inmediatamente desde su entrada en vigor, derogándose desde ese momento las disposiciones de inferior rango (Disposición Derogatoria Única g) del EBEP).

Por lo que respecta al ejercicio de funciones públicas, ya la STC 99/1987, de 11 de julio, consideró que deben ser desempeñadas por funcionarios públicos, declarando inconstitucional el artículo 15 de la LMRFP que, tras su reforma por Ley 23/1988, dispuso que, con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración del Estado y de sus Organismos Autónomos así como los de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, serán desempeñados por funcionarios públicos, contemplando una serie de excepciones. Así, se contemplaba que podrían cubrirse mediante contratación laboral los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño.

La jurisprudencia constitucional considera imprescindible establecer la distinción entre personal laboral y personal funcionario al servicio de las Administraciones Públicas “cuyas condiciones de trabajo se regulan por normas legales y reglamentarias dictadas por los órganos competentes de los diversos poderes públicos como producto de una relación estatutaria, mientras que en el primero, en parte por las leyes y reglamentos y en parte también por convenios colectivos y/o por contratos individuales entre el trabajador y el ente público, al igual que ocurre entre los particulares (STC 57/1982). La delimitación entre personal funcionario y laboral, que ha de realizarse por el legislador no es norma básica, por lo que habrá que estar a las CCAA. Podrán existir distintos criterios de delimitación entre uno y otro personal que presta sus servicios en las Administraciones Públicas, pero, en todo caso, habrán de ser objetivos y venir marcados por la organización administrativa y establecidos por el legislador.

El criterio más defendido por la doctrina⁴⁸ para establecer la frontera entre el personal sometido a régimen laboral y el sometido a régimen funcional ha sido el de la función. En todo caso pueden observarse algunas muestras de convergencia entre funcionarios y personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, independientemente de la naturaleza del empleador o de la relación jurídica que une a éstos con el mismo⁴⁹.

En este sentido, la STS (3^a, 3^a) de 29 de mayo de 1996 (RJ 4449) rechazaría la impugnación del Estatuto del Organismo Autónomo Correos y Telégrafos por cuanto permitía la contratación laboral a puestos directivos de Directores de Área. O la STS (3^a, 3^a) de 26 de enero de 2000 (RJ 10108) declararía la legalidad del artículo 17.2 del Estatuto de la Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos, a cuyo tenor: «El Consejero–Director general será nombrado y cesado libremente por el Consejo de Administración de entre sus miembros a propuesta del Presidente», y desestimó el argumento de que la relación de naturaleza laboral entre la Entidad y su Consejero–Director General ocasionaría la manifiesta incompetencia de éste para ejercer potestades administrativas en materia de personal, puesto que: «tal previsión queda amparada por lo dispuesto en el artículo 12.2.f) de la LOFAGE, la cual, además, prevé explícitamente en su artículo 54.1, sin exigencia alguna de una hipotética naturaleza funcional del titular del órgano, que las potestades administrativas atribuidas a las entidades públicas empresariales sean ejercidas por los órganos de éstas a los que en los estatutos se les asigne expresamente esta facultad».

La LOFAGE determinó que los Entes Públicos se transformarían en Entidades Públicas Empresariales, que podían ejercitar potestades administrativas de acuerdo con sus Estatutos [(artículos 53.2, 54 y 62.1.b)], y que podían ser ejercidas por órganos cuyos titulares tuvieran la condición de alto cargo o personal directivo sujeto a relación laboral especial de alta dirección o común, pese a que la Disposición Adicional Decimoséptima de la LMRFP había dejado sin efecto las disposiciones que permiten la adscripción de funcionarios a Entes públicos contenidas en sus leyes específicas, que determinaba que las plantillas de estos organismos públicos estuvieran integradas exclusivamente por personal laboral.

Volviendo a la reserva legal de determinadas funciones al personal sujeto al estatuto funcional se pronunció la STC 37/2002, de 14 de febrero, que declaró constitucional el artículo 92 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases

⁴⁸ Montoro Chiner, M^a J.: “Para la reforma del empleo público: nueve proposiciones”. RAP n^o 136, 1995, pág. 186.

⁴⁹ Escudero Rodríguez, R.: “El Acuerdo para la modernización de las Administraciones y para la mejora de las condiciones de trabajo de los empleados públicos”. La Ley I, 1982, pág. 83

de Régimen Local (LBRL), hoy sustituida por la Disposición Adicional 1 del EBEP de similar contenido, con argumentos aplicables al artículo 9.2 del EBEP: «El precepto en cuestión [...] enumera en su primer inciso una serie de funciones, que expresamente califica como públicas, cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente al personal sujeto al estatuto funcionarial. Tales funciones son las que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria y las de contabilidad y tesorería, las cuales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92.3 de la LBRL, son funciones públicas necesarias en todas las corporaciones locales, cuya responsabilidad administrativa está reservada a funcionarios con habilitación de carácter nacional. Este elenco inicial se completa en el segundo inciso del precepto, al que se circunscribe la duda de constitucionalidad, con la consideración de que también son funciones públicas y, por lo tanto, han de ser desempeñadas por personal sujeto al estatuto funcionarial, “en general, aquellas que en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad o independencia en el ejercicio de la función”.

Cierto es que respecto a las funciones no calificadas en la LBRL como necesarias en todas las Corporaciones locales el precepto cuestionado no especifica cuáles habrán de ser desempeñadas por personal sujeto al estatuto funcionarial, remitiendo su determinación al desarrollo del mismo. Sin embargo, tal remisión, limitada a la clase de funciones referida, no es incondicionada ni carece de límites, pues en el propio precepto se disponen los criterios o parámetros que han de inspirar en su desarrollo la determinación de las funciones que han de ser desempeñadas por funcionarios públicos, cuales son la garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función pública. Criterios que, aunque genéricos en su formulación, poseen un contenido susceptible de ser delimitado en cada caso en concreto en atención a las características de la función o puesto de trabajo e imponen, por lo tanto, una efectiva sujeción en la determinación de las concretas funciones, no calificadas como necesarias en todas las corporaciones locales, que han de ser desempeñadas por personal sujeto al estatuto funcionarial... el personal contratado no podrá ocupar puestos de trabajo que impliquen el ejercicio de las funciones enumeradas en el primer inciso del artículo. 92.2 LBRL, esto es, las que impliquen ejercicio de autoridad y las calificadas como necesarias en todas las corporaciones locales, ni las que se exijan para mejor garantía de objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función pública».

Aunque no exista referencia alguna en el artículo 13.4 del EBEP a la reserva de funciones a personal funcionario del artículo 9.2, es obvio que este último constituye un límite para el personal directivo sujeto a relación laboral

especial de alta dirección, para el que estarán vedadas tales funciones, como ha apreciado tímidamente el Consejo de Estado⁵⁰. Más decididamente se ha pronunciado este órgano consultivo poniendo en relación al personal directivo de los organismos regulados por la LOFAGE y por la LAE en el EBEP, situando a éste último como norma de cierre del modelo de personal directivo sujeto a régimen laboral que, sin derogar ninguna de ellas sí determina su aplicación: en el caso de la LOFAGE al prever que el personal directivo de los organismos públicos sujeto al régimen laboral instrumentará su vinculación mediante relación laboral especial de alta dirección y en ambos casos no podrá realizar las funciones reservadas a funcionarios públicos por el artículo 9.2 del EBEP.

Así, el Dictamen núm. 1798/2007, de 27 de septiembre, del Consejo de Estado, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Estatuto del Organismo Autónomo Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía, aprobado por RD 318/1996, de 23 de febrero, se pronuncia: «La configuración proyectada del Director Artístico del Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía ha de fundamentarse en los preceptos de la LOFAGE y del EBEP. El artículo 62.1.a) de la LOFAGE establece que los estatutos de los Organismos públicos determinarán sus respectivos órganos directivos y el artículo 46 de la misma ley prevé que el nombramiento de los titulares de los órganos de los Organismos Autónomos se regirá por las normas aplicables a la Administración General del Estado. Añade su artículo 47 que el personal al servicio de los Organismos Autónomos será funcionario o laboral, en los mismos términos que los establecidos para la Administración General del Estado.

El artículo 13 del EBEP establece que es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración (apartado 1). Su designación atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y la concurrencia (apartado 2). Según el apartado 3 del mismo precepto legal, dicho personal estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de

⁵⁰ El Dictamen núm. 180/2008, de 21 de febrero, del Consejo de Estado, sobre el Proyecto de RD por el que se aprueba el Estatuto de la Comisión Nacional de la Competencia, afirma: «h) Artículo 38. Personal Directivo: “de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, la cobertura de puestos de personal directivo laboral se hará mediante contratos de alta dirección. Dado que no tiene atribuido el ejercicio de potestades públicas, tiene la condición de personal directivo laboral el Asesor Económico de la Comisión Nacional de la Competencia”. Se sugiere que se elimine el inciso “dado que no tiene atribuido el ejercicio de potestades públicas”, por constituir una explicación innecesaria. Basta indicar que “en particular” tiene la aludida condición de personal directivo el Asesor Económico».

eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados. El apartado 4 añade que, cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral, estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección. En este sentido, ya la LAE disponía en su artículo 23 que el Estatuto de las Agencias Estatales puede prever puestos directivos de máxima responsabilidad a cubrir, en régimen laboral, mediante contratos de alta dirección. Por otra parte, el artículo 9.2 del EBEP determina que, en todo caso, el desempeño de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones públicas corresponde exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración pública se establezca⁵¹».

Estas previsiones del EBEP tendrán su influencia sobre los organismos públicos de la Administración General del Estado, Organismos Autónomos, entidades públicas empresariales y agencias estatales, que deberán coherenciar las disposiciones específicas de cada organismo previstas en la LOFAGE para Organismos Autónomos y entidades públicas empresariales y en la LAE y las de los respectivos estatutos de cada organismo con las prescripciones del EBEP sobre personal directivo sujeto a la relación laboral especial de alta dirección.

Así, el personal directivo previsto en el Estatuto de cada Entidad Pública Empresarial de la Administración General del Estado o Agencia Estatal, sujeto a régimen laboral (artículo 55.2 de la LOFAGE), deberá estar vinculado a ésta mediante una relación laboral especial de alta dirección por imperativo del artículo 13.4 del EBEP, lo que supone una novedad en las primeras no así en las segundas dado que ya se establecía esta posibilidad en el artículo 23.2 de la LAE.

El artículo 13 del EBEP determina que la exigencia de experiencia en el desempeño de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada

⁵¹ Observa Saz Cordero, Silvia (del): Contrato laboral y función pública. Marcial Pons. Madrid, 1995, pgs. 133 y ss.: «desde la perspectiva constitucional, la admisión de los contratos blindados en entes públicos y sociedades mercantiles plantea dificultades desde el momento en que muchos de ellos tienen encomendadas funciones públicas, lo que conduce a la cuestión previa de la inconstitucionalidad del derecho privado a actividades que nada tienen de empresariales o industriales [...] Además, desde la responsabilidad política que la Constitución atribuye al Gobierno por el funcionamiento del sector público (art. 97) podría objetarse que ésta se ve impedida por la limitación efectiva de la facultad de dirección que supone el blindaje de los altos cargos de entes y sociedades públicas, blindaje que produciría plenos efectos no sólo frente a futuros gobiernos, sino frente al mismo Gobierno que los ha nombrado y decide revocar la confianza en ellos depositada».

conforme a criterios de competencia profesional y experiencia para el nombramiento del personal directivo prevista en el artículo 55.2 de la LOFAGE para el personal directivo de las Entidades Públicas Empresariales Estatales, o competencia profesional, experiencia y titulación superior requeridas por el artículo 23.2 de la Ley 28/2006, de 18 de julio, para el personal directivo de las Agencias Estatales, debe completarse con los principios de mérito, capacidad e idoneidad exigidos por el artículo 13.2 del EBEP, que si en la Ley 28/2006 eran los dos primeros principios informadores del proceso de selección de este personal, ahora se convierten en principios esenciales para el acceso al empleo público como personal directivo de estos organismos públicos, junto con el de concurrencia, que presupone el de publicidad⁵². Por último, señalar que el artículo 13 EBEP no afecta al límite que para el personal directivo constituyen los altos cargos.

La exigencia de tales principios ha sido criticada, al considerar que “una cosa es establecer requisitos de profesionalidad y otra equiparar la designación de directivos a la selección de empleados públicos o a la provisión de puestos por concurso”, pues es necesario combinar garantías de profesionalidad con flexibilidad en los nombramientos de este personal, ya que su nombramiento requiere mucha agilidad difícilmente compatible con convocatorias públicas, lo que podría llevar a que su proceso de selección fuera más lento que el del resto de personal y a utilizar el sistema de designación política huyendo de la función directiva profesional⁵³.

⁵² El Dictamen núm. 1798/2007, de 27 de septiembre, del Consejo de Estado, sobre el Proyecto de RD por el que se modifica el Estatuto del Organismo Autónomo Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía, aprobado por RD 318/1996, de 23 de febrero, afirma: «La configuración proyectada del Director Artístico del Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía ha de fundamentarse en los preceptos de la LOFAGE y del EBEP [...] El proyecto sometido a consulta define las funciones del Director Artístico y del Gerente teniendo en cuenta las reseñadas disposiciones. A juicio del Consejo de Estado, procede la aprobación del proyecto sometido a consulta...Únicamente cabe formular las siguientes observaciones: – En lo relativo a la designación del Director Artístico, en consonancia con lo previsto en el artículo 13 del EBEP, debería incluirse una referencia no sólo a la garantía del principio de concurrencia sino también al de publicidad. Asimismo podría precisarse que la designación atenderá a los principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad.

⁵³ Sánchez Morón, M.: Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del empleado público. Ed. Lex Nova. Madrid, 2008, pág. 109.

4.2. El diferente régimen jurídico del personal directivo en función a su condición como funcionario o como laboral en el ámbito de las Comunidades Autónomas

El artículo 13 del EBEP otorga potestad al Gobierno y los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas para establecer, en desarrollo del mismo, el régimen jurídico específico del personal directivo así como los criterios para determinar su condición⁵⁴, de acuerdo, entre otros, con los principios de que es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración, su designación atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia y, estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados (artículo 13.1, 2 y 3 del EBEP); previsión lógica a la luz del artículo 148.1.1^a de la Constitución, que atribuye a las Comunidades Autónomas potestad para asumir la organización de sus instituciones de autogobierno a través de sus Estatutos de Autonomía.

El ejercicio de esta competencia por las Comunidades Autónomas plantea una doble cuestión según se trate de personal directivo sujeto a régimen funcional o personal directivo sujeto a régimen laboral, dado que la regulación de uno y otro se basa en títulos competenciales distintos: la legislación básica del Estado sobre empleo público y la legislación laboral (artículos 149.1.18^a y 7^a de la Constitución, respectivamente).

El EBEP remite a las normas específicas de cada Administración la definición de estas funciones. No obstante, establece normas de obligada aplicación en todas las Administraciones Públicas por su carácter de legislación básica como que la designación del personal directivo atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia y, estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados (artículo 13.1, 2 y 3 del EBEP).

⁵⁴ Llama la atención de la doctrina que el EBEP se remita a las CCAA para que por vía reglamentaria regulen el estatuto del personal directivo, por lo que se cuestiona si no se viola el principio de reserva de ley. En este sentido MAESO SECO, L.: El personal directivo: comentarios entorno al artículo 13 de la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado público. Dir. L. Ortega Álvarez. Estatuto Básico del Empleado público. Ed. La Ley. El Consultor. Madrid, 2007, págs. 125 y ss.

Para la regulación del régimen jurídico específico de su personal directivo, tanto de la Administración General del Estado como de las distintas Comunidades Autónomas, deberán tener en cuenta que Estatuto del empleado público define al personal directivo de manera análoga a cómo hiciera el fallido anteproyecto de Ley Reguladora del Estatuto Básico de la Función Pública, cuyas formulaciones se calificaron: «de escasa calidad –rutinarias y poco imaginativas–», al establecer que «la función directiva se ejerce por los titulares de órganos directivos y que son órganos directivos los considerados como directivos en las leyes⁵⁵»: es personal directivo el que desarrolla funciones directivas; definición impropia de una ley básica del Estado que forma parte del bloque de constitucionalidad y que se ha justificado porque otra definición pudiera haber condicionado la normativa de desarrollo⁵⁶.

El alcance de la regulación del personal directivo diferirá según su vinculación sea administrativa o laboral, sobre todo en las Comunidades Autónomas, dado que éstas tienen facultades para regular el estatuto de su personal directivo funcionario en el marco de la legislación básica del Estado, lo que podrá comprender no sólo las funciones a desempeñar por éste sino el conjunto de derechos y deberes que comprendan su relación con la Administración.

Sin embargo, el planteamiento cambia cuando el personal directivo esté vinculado con la Administración mediante una relación laboral especial de alta dirección, al ser la legislación laboral (invocada como título competencial para la promulgación del EBEP por su Disposición Final Primera) competencia exclusiva del Estado⁵⁷ (artículo 149.1.7ª de la Constitución). Por ello, las Comunidades Autónomas podrán definir las funciones que delimitan al estatuto del personal directivo laboral de sus organismos públicos en el marco del EBEP y respetando sus determinaciones, pero ahí acabará su competencia normativa no pudiendo regular sustantivamente otros aspectos que configuran esta relación laboral especial.

Respecto del papel de las Comunidades Autónomas en la definición del supuesto de hecho que determina la conceptualización de un alto directivo laboral de un organismo público y por tanto su exclusión del Derecho del Trabajo común y su inclusión en el ámbito subjetivo del RD 1382/1985, se plantean análogas cuestiones a las que se suscitaban en su día con la exclusión constitu-

⁵⁵ Dictamen del Consejo de Estado núm. 1489/1998 (Administraciones públicas), de 4 de junio, sobre Anteproyecto de Ley Reguladora del Estatuto Básico de la Función Pública.

⁵⁶ Sánchez Morón, M.: Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del empleado público. Ed. Lex Nova. Madrid, 2008, pág. 107.

⁵⁷ Una reflexión sobre el conflicto entre el RD 1382/1985 y una ley autonómica que excluye las indemnizaciones por desistimiento empresarial de los altos cargos en STSJ de Madrid (Social, Sección 1ª) de 28 de noviembre de 2006 (AS 166).

tiva del ámbito laboral la actividad «de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador» prevista en el artículo 1.3.g) in fine del TRET. En este caso se cuestionó la constitucionalidad del precepto al considerar a grandes rasgos que si la legislación laboral era competencia exclusiva del Estado (artículo 149.1.7ª de la Constitución), la intervención de las Comunidades Autónomas, con competencias en materia de autorizaciones administrativas de transporte, pudiera colisionar con ésta, dado que de las condiciones para la obtención de estos títulos autonómicos de transporte dependería su inclusión o exclusión de la aplicación del Estatuto de los Trabajadores, con lo que el concepto de trabajador podría cambiar según la Comunidad Autónoma.

La solución se antoja similar a la que diera la STC 227/1998, de 26 noviembre, si bien referida no a la exclusión total de la condición de estos sujetos de su laboralidad sino tan solo de las relaciones laborales comunes y su calificación como relación laboral especial de alta dirección: «El concepto de trabajador por cuenta ajena, a los efectos de aplicación del conjunto normativo que constituye el denominado Derecho del Trabajo, y de su regulación por la norma estatutaria a la que remite el mencionado artículo 35.2 CE, no aparece expresamente definido en la Norma Suprema y no se halla, por tanto, constitucionalizado. Es al legislador a quien corresponde, pues, su determinación y la articulación de un régimen jurídico de carácter estatutario.

La calificación como laboral o no de las relaciones contractuales y el correlativo régimen jurídico aplicable a las mismas, es tarea que incumbe al legislador estatal, ex artículos 35.2 y 149.1.7ª CE conforme a los criterios que al respecto adopte en orden a dicha configuración, para, en función de tales criterios, someter o no la prestación de servicios al ordenamiento laboral; y no encuentra otros límites que los previstos en la Constitución.