

Estudios y documentos



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE POLÍTICA TERRITORIAL
Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

LA ALTA DIRECCIÓN PÚBLICA: ANÁLISIS Y PROPUESTAS

Luis Ortega Álvarez y Luis F. Maeso Seco

INAP

INAP

LA ALTA DIRECCIÓN PÚBLICA:
ANÁLISIS Y PROPUESTAS

LA ALTA DIRECCIÓN PÚBLICA: ANÁLISIS Y PROPUESTAS

Coordinadores
Luis Ortega Álvarez y Luis F. Maeso Seco

Mikel Gorriti Bontigui
Susana Rodríguez Escanciano
Rafael Jiménez Asensio

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
MADRID, 2010

Colección: ESTUDIOS Y DOCUMENTOS

FICHA CATALOGRÁFICA DEL CENTRO
DE PUBLICACIONES DEL INAP

La ALTA dirección pública [Texto impreso] : análisis y propuestas /
coordinadores Luis Ortega Álvarez y Luis F. Maeso Seco ; Mikel Gorriti
Bontigui ... [et al.]. – 1ª ed. – Madrid : Instituto Nacional de Administra-
ción Pública, 2010. – 167 p. : gráf. ; 24 cm. – (Estudios y documentos)

Incluye referencias bibliográficas

ISBN 978-84-7351-395-1. – NIPO 010-10-056-7

1. España-Administración-Personal. I. Ortega, Luis (Ortega Álvarez),
coord. II. Maeso Seco, Luis F., coord. III. Gorriti Bontigui, Mikel. IV. Serie

35(460).08

Primera edición: Diciembre 2010

Catálogo general de publicaciones oficiales:

<http://www.060.es>

Edita:

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

www.inap.es

ISBN: 978-84-7351-395-1

NIPO: 010-10-056-7

Depósito Legal:

Preimpresión: Composiciones RALI, S.A.

Impresión: Publidisa

En esta publicación se ha utilizado papel reciclado libre de cloro de acuerdo con los criterios medioambientales de la contratación pública

Este trabajo se inscribe en el marco
de los estudios realizados
por el Grupo de Investigación
para el estudio del empleo público,
constituido en el Instituto Nacional
de Administración Pública.

SUMARIO

Presentación, por <i>el director del INAP</i>	11
Prólogo, por <i>Luis Ortega Álvarez</i>	13
Reflexiones en torno a la encomienda del EBEP a favor de los ejecutivos para establecer el régimen del personal directivo profesional: <i>Luis F. Maeso Seco</i> ...	19
Los directivos públicos profesionales (DPP) en la AGE (origen, ubicación, funciones, perfil, profesionalización y cambio): <i>Mikel Gorriti Bontigui</i>	47
La «cuestión directiva» y el régimen jurídico del personal directivo AGE: Algunas ideas para la toma de decisiones en la materia: <i>Luis F. Maeso Seco</i>	73
Pautas para el diseño del régimen jurídico aplicable al personal directivo público laboral de carácter profesional: <i>Susana Rodríguez Escanciano</i>	113
Dirigir el sector público en Cataluña: Retos pendientes: <i>Rafael Jiménez Asensio</i>	153

PRESENTACIÓN

Entre las funciones atribuidas al Instituto Nacional de Administración Pública por sus normas de creación y estatutarias se encuentra la realización de estudios y trabajos de investigación sobre las Administraciones Públicas, en estrecha colaboración con universidades, fundaciones y demás instituciones que puedan contribuir al desarrollo del conocimiento del Gobierno y de la Administración. En esa línea de actuación, el INAP constituyó en marzo de 2009 el Grupo de Investigación para el Estudio del Empleo Público, con la intención específica de analizar ese ámbito temático en sus distintas vertientes y, especialmente, los aspectos referidos a la carrera administrativa de los funcionarios, el proceso de selección de los empleados públicos y la formación para el ejercicio de la función directiva.

El citado grupo de expertos, destacados especialistas en la materia, ha estado dirigido por el Prof. Dr. D. Luis Ortega Álvarez, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla – La Mancha y Magistrado del Tribunal Constitucional, y ha trabajado con rigor académico y amplitud de miras, esfuerzo que ha cristalizado en resultados como este que me cumple introducir.

La presente monografía culmina las averiguaciones y debates científicos generados en una de las líneas de trabajo de este Grupo de Investigación, cabalmente la referida a los directivos públicos, un ámbito de especial relevancia en el proceso de modernización de las Administraciones Públicas. A través de sus respectivas contribuciones, los expertos del Grupo analizan distintos aspectos atinentes a los directivos públicos, tales como su régimen jurídico en el marco del Estatuto Básico del Empleado Público, sus funciones, su profesionalización y cambios en su configuración, con especial atención a la situación de estos empleados públicos en el nivel territorial autonómico. Las diferentes contribuciones de los autores son el exclusivo resultado de su libertad científica y de su autonomía investigadora, y no representan, concretan o siguen por ello ninguna línea o política directriz enunciada o formalizada por los órganos competentes de la Administración del Estado sobre esta materia.

Espero que esta nueva publicación sirva para dar testimonio del desempeño de este Instituto en el debate y prospección de los temas actuales que se ciernen sobre las administraciones públicas, al tiempo que alumbre los debates en torno a estas interesantes y siempre polémicas cuestiones.

ÁNGEL MANUEL MORENO MOLINA
Director del Instituto Nacional de Administración Pública

PRÓLOGO

D. LUIS ORTEGA ÁLVAREZ

Catedrático de Derecho Administrativo de la UCLM y Presidente del Grupo de Investigación para el Estudio del Empleo Público del INAP

Siempre ha existido una dificultad intrínseca en el intento de definir adecuadamente el espacio entre la política y el empleo público y sus relaciones recíprocas. Ejemplos de ellos son las experiencias del *spoil system* y la garantía de la inmovilidad.

La proposición de crear la figura del directivo público se enmarca en un nuevo intento de situar adecuadamente la frontera entre los espacios de la gestión de los asuntos públicos a los que corresponde ser adoptados desde la óptica política y aquellos otros que deben ser resueltos de acuerdo a criterios de profesionalidad.

A lo anterior se une la evolución de la complejidad administrativa, en la cual el eje de las tareas administrativas no es ya la emanación hacia el exterior de la voluntad administrativa mediante un procedimiento formal que conduce a una resolución administrativa, sino la de la gestión de los recursos humanos financieros y materiales que hagan posible la realización de las políticas públicas diseñadas por los Gobiernos.

Pero esta necesidad de transformación de la cultura de la forma de gobernar y de administrar no es fácil, si se plantea como un pulso entre la política y la burocracia.

Hay que recordar que toda la literatura jurídica de la segunda mitad de los años setenta, coincidiendo con el proceso de elaboración de la Constitución, señalaba como verdadera denuncia la apropiación de las decisiones políticas por los altos cuerpos de la Administración. Y al hilo de ello hay que recordar también el paso formal de la alta burocracia a la política democrática, de la mano de los primeros gobiernos de la UCD y la desconfianza en esta alta burocracia de la clase política de la izquierda situada en los grandes ayuntamientos a partir de 1979 y en el Gobierno a partir de 1982.

Estas experiencias han llevado a un estado de la cuestión que podríamos sintetizar en algunos puntos principales. El primero de ellos ha sido el de la excesiva concentración de las decisiones administrativas en los niveles de gobierno, lo que redundaba en una práctica querida o no de clientelismo político,

bajo la idea de que «el poder está en el expediente». Es decir, la solución concreta de los intereses de los ciudadanos queda guardada en el cajón de los políticos, lo que es el paso previo a prácticas de corrupción, cuando estas soluciones se arbitran mediante favor o precio.

Tampoco ha quedado clarificada en nuestro ordenamiento la diferenciación entre aquella parte de la Administración que colabora en la función gubernativa y aquella otra que se sitúa en el espacio de la función ejecutiva. Ni siquiera ambas funciones han sido claramente dibujadas en sus perfiles, en correspondencia con la tradición administrativista de contemplar al Gobierno y a la Administración como una única figura dentro del poder ejecutivo.

Para enfrentarse a este tipo de problemas, se han creado figuras que intentan actuar de puentes entre la política y la administración, pero sin una claridad en sus funciones y en la tipología que de cada una de ellas podría predicarse. Así, contamos con los Directores y Subdirectores Generales, los miembros de los Gabinetes de los Altos Cargos, los puestos de libre designación y los funcionarios eventuales. Quizá aquí está una de las claves de la dificultad en la implantación de la figura de los directivos, en entender que el ámbito de la política y el de la burocracia están en un mismo eje, de forma que cuanto menos poder tengan los políticos más poder tendrán los burócratas y viceversa. Sin haber entendido que de lo que se trata es de crear una nueva categoría de gestores, con unas cualificaciones que no deriven de la experiencia política ni de la burocrática, sino de sus aptitudes y cualidades personales para la función de dirección.

A mi juicio, sólo si se parte de la contemplación de la función directiva como un elemento de la organización y no del empleo público estaremos en la línea adecuada. No en vano la función directiva aparece dentro de las competencias de organización de la Generalitat en el artículo 150 del Estatuto de Cataluña. Además, sólo desde esta perspectiva, es comprensible la deslegalización de esta figura en el EBEP, pues de otra manera podría enfrentarse a las mismas críticas de inconstitucionalidad del artículo 15 de la Ley de Medidas, con relación a los elementos del empleo público que están sometidos a reserva de ley. Volveremos sobre ello.

La definición del sistema retributivo de los directivos tendrá singular importancia, especialmente en lo que se refiere a la posibilidad de situarse fuera de la retribución de la política, que puede estar condicionada a la baja en compensación por un ejercicio puro del poder y de la retribución de la burocracia que, por su intensa sindicalización, con estrechísimos abanicos salariales, no permite una comparación mínima con la retribución de la función directiva que se produce en el sector privado. Introducir los indicadores retributivos va a caracterizar en buena medida el tipo de función directiva que se pretende.

Finalmente, junto a la dificultad de conseguir que la clase política abandone una cuota de su poder en beneficio de una práctica de gestión plenamente profesionalizada, se abre la dificultad de detener la expectativa de los altos cuerpos

de la Administración de presumir que están naturalmente capacitados para ejercer la función directiva.

Ante este cuadro de situación, el artículo 13 del EBEP introduce una regulación de función directiva y del personal directivo que resuelve pocos de los dilemas anteriormente señalados.

En efecto, en el artículo 13 se produce ante todo una deslegalización de la regulación del régimen jurídico del personal directivo a favor de los Gobiernos de las administraciones central y autonómicas, con un claro olvido de los entes locales. Deslegalización que, como decíamos, salvo que se encuadre como una materia organizativa, puede plantear problemas de constitucionalidad, en función de la doctrina del Tribunal Constitucional respecto al respeto a la reserva de ley existente en materia de empleo público. Esta deslegalización afecta tanto a elementos objetivos, como los criterios para determinar la condición de personal directivo, como a criterios subjetivos referidos al régimen jurídico específico de dicho personal, dentro de un cuadro de principios que difícilmente cubren los elementos de la relación de empleo público considerados por el T.C. como materia de reserva formal de ley.

Este papel del legislador es especialmente significativo en el caso de Cataluña, pues, pese a la deslegalización operada por el legislador básico estatal, su Estatuto de Autonomía, en el artículo 111, en la parte declarada constitucional por la STC de 28 de junio de 2010 sobre dicho Estatuto, exige que sea el Parlamento quien deba desarrollar y concretar, a través de una ley, las previsiones básicas.

Este dilema es clave, pues si es empleo público, los directivos se enfrentan a la inconstitucionalidad derivada de su hipotética falta de respeto a la reserva de ley en esta materia, y en todo caso, Cataluña debería desarrollar esta figura por Ley. Si, en cambio, es organización, y, más aún, si se considera que las funciones directivas son funciones políticas, al menos en parte, la materia sería de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, y en tal caso no se sentirían vinculadas normativamente por nada de lo dispuesto en el artículo 13.

Incluso un argumento de política legislativa material, que pudiese justificar esta deslegalización con base en el argumento de la necesidad de una inmediata implantación de esta figura, se ha desvanecido con el tiempo, ya que pasados cuatro años desde su aparición normativa, los directivos públicos no han sido implantados ni en el Estado ni en las Comunidades Autónomas.

En cualquiera de las hipótesis que puedan manejarse, lo que está claro es que en el artículo 13 no se regula un «modelo» de personal directivo ni de función directiva. En efecto, no se define lo que es un directivo, ni desde una perspectiva funcional, dado que se remite al reglamento de cada Administración lo que sean funciones directivas, ni desde una perspectiva orgánica, ya que en ningún lugar se produce un encuadramiento orgánico del directivo. No hay

ninguna reserva de funciones de gestión política o de gestión administrativa que queden reservadas al personal directivo.

No se determina si el personal directivo accede a un puesto directivo o a una habilitación para ejercer la función directiva. No se regula, en el primer supuesto, si se adquiere con la designación alguna condición de estatuto personal más allá de su constancia en el *curriculum* profesional. En el segundo supuesto, no se determina si se trataría de una habilitación genérica para ejercer cualquier puesto directivo o si, tras la habilitación, se debe optar por mérito y capacidad a puestos directivos concretos.

La regulación que se realiza respecto a la exigencia del mérito y la capacidad, la idoneidad, la publicidad y concurrencia y la evaluación de su rendimiento, plantea una gran dificultad para construir un modelo de directivo basado en un sistema de pura confianza política de libre remoción.

Hay otros aspectos importantes, que por conexión deberían haber sido regulados en el EBEP. Por ejemplo, la situación administrativa en la que quedarían los funcionarios cuando accediesen a la función directiva. Sólo si se considerase al personal directivo alto cargo, lo que sería un exceso de hipertrofia orgánica en la cabeza de cualquier Administración, podría aplicársele la figura de los servicios especiales (art. 87, c EBEP). Queda, así, este importante aspecto del modelo remitido a una regulación específica de las Leyes de Función Pública que se aprueben para el desarrollo EBEP.

Tampoco aparece regulado el sistema retributivo, no sólo en cuanto a que dicho sistema podría anticipar importantes rasgos de esta figura, sino que plantea problemas añadidos al sistema retributivo general. Por ejemplo, ¿sus retribuciones se computan dentro de la masa salarial del empleo público?; ¿sus incrementos retributivos tienen los límites de masa salarial a que hace referencia el art. 21, 2 EBEP?

En definitiva, el EBEP deja a esta figura en el terreno de las más absolutas incertidumbres. Por ello, este libro, que es fruto de las aportaciones de miembros del Grupo de Investigación para el Estudio del Empleo Público, que tengo el honor de dirigir, bajo los auspicios del INAP, significa una puesta en práctica de las diferentes derivaciones teóricas del modelo, dando el sustrato técnico necesario para que concurra únicamente la voluntad política de su implantación.

Para nuestro Grupo, la implantación de los directivos es uno de los elementos clave para abrir una nueva etapa en la modernización de las Administraciones Públicas.

Esta etapa, que parece obligada por las circunstancias de crisis económica, para dignificar las Administraciones públicas por su importantísimo papel constitucional en beneficio de la implantación de los intereses generales de los ciudadanos, y no sea considerado un mero problema de gasto público.

Pero es una etapa que sólo puede iniciarse con una gran dosis de liderazgo político, ya que su implantación está rodeada de colectivos que se verán perjudicados por su menor ejercicio de poder. Los entornos orgánicos de los partidos políticos, los sindicatos, los propios políticos en activo, los altos cuerpos de las Administración, son colectivos que deben experimentar un desplazamiento a favor de una modernización en la gestión basada en la profesionalidad y en la competencia para ejercer funciones de dirección.

Este libro pone sobre el tapete el reto de dicha modernización.

Y en este olvidado IV Centenario de la segunda parte de El Quijote, no está de más recordar alguno de los argumentos que D. Quijote daba a Sancho para que aceptase ser Gobernador de la Ínsula Barataria:

«Nunca les faltará quien les dé consejo y orientación en aquello que deben hacer, como los caballeros gobernadores no doctores, que pronuncian las sentencias con su consejero.»

Toledo, julio de 2010

Luis Ortega.

REFLEXIONES EN TORNO A LA ENCOMIENDA EBEP A FAVOR DE LOS EJECUTIVOS PARA ESTABLECER EL RÉGIMEN DEL PERSONAL DIRECTIVO PROFESIONAL

LUIS F. MAESO SECO

Doctor en Derecho Administrativo

Profesor Asociado de la Universidad de Castilla-la Mancha

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Sobre la encomienda del establecimiento del régimen del personal directivo a favor de los Gobiernos estatal y autonómicos. 2.1. Un punto de partida necesario: la reserva de ley en materia de función pública...directiva. 2.2. Sobre el generoso reenvío del legislador EBEP a la norma reglamentaria: ¿un exceso legislativo? **3. La atribución potestativa estatutaria a favor de los ejecutivos en materia de personal directivo.** 3.1. Motivos y razones que justificarían la «opción facultativa». 3.2. Rizando el rizo: una posible interpretación distinta. **4. Recapitulación y conclusiones.**

1. INTRODUCCIÓN

El propósito de estas páginas, vaya por delante, no es otro que el de *reflexionar, críticamente, acerca de lo contenido en el párrafo primero del artículo 13 del EBEP, y ello –conviene añadir–, desde el sólo punto de vista del Derecho Administrativo*. Dicho de otro modo: examinar, con cierto grado de detalle y desde esta sola rama del Ordenamiento Jurídico, la encomienda que el legislador estatutario hace a favor de los ejecutivos (estatal y autonómico) para que éstos, si así lo desean, establezcan el régimen jurídico del personal directivo profesional. Un propósito inicial al que, por lo demás, sigue una finalidad última, como lo es la de *contribuir a la articulación de una suerte de «árbol de toma de decisiones»* en la materia que facilite, llegado el caso, la instauración de un verdadero régimen de directivos en clave profesional; pues es ésta, y no, otra la filosofía inspiradora del Grupo de Investigación para el Estudio del Empleo Público del INAP¹ en el que este trabajo ha visto la luz.

Expuestos, como lo han sido, la finalidad última y el propósito inicial de este estudio, inauguremos ahora aquella reflexión sobre el párrafo primero del artí-

¹ Véase, *Resolución de 5 de marzo de 2009, del Instituto Nacional de Administración Pública*, p. 1, por la que se constituye el Grupo de Investigación para el Estudio del Empleo Público y donde se determina cabalmente que su objetivo es el de: «...realizar un estudio de estas cuestiones a la luz de nuestra legislación y del derecho y experiencias de otras administraciones (...) con la finalidad última de elaborar diversos informe que contengan una descripción de la situación actual, un análisis de la problemática que pueda existir y las correspondientes propuestas que puedan servir de reflexión y referencia en el contexto de las Administraciones Públicas en España...».

culo 13 del EBEP. Una reflexión que debe partir, necesariamente, de su propio tenor literal, en el que se determina que: «...*El Gobierno y los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán establecer, en desarrollo de este Estatuto, el régimen jurídico específico del personal directivo...*».

A primera vista, esta previsión parece *clara e inocua*, y *poco o muy poco cabría decir sobre ella*. El legislador estatutario, en efecto, se expresa con meridiana nitidez a la hora de atribuir a los ejecutivos (estatal y autonómico) la facultad de que éstos instauren, en su caso, el régimen jurídico del personal directivo. Y lo hace, además, sin que ello plantee en principio controversia jurídica alguna, dejando poco o ningún margen a la interpretación o la exégesis.

Sin embargo, esta aparente claridad e inocuidad del párrafo primero del artículo 13 del EBEP resulta engañosa, pues *existen, cuando menos, dos señalados enunciados del mismo que plantean no pocas dudas e incertidumbres*, a saber: *a) por qué la atribución del régimen del personal directivo profesional lo es, precisamente, a favor de los ejecutivos (y no, por ejemplo, del legislador de función pública o de organización); y b) por qué esta atribución se formula a título meramente facultativo y no de exigencia normativa*. Dos cuestiones, a nuestro juicio, dignas de mención y de comentario, a cuyo análisis, cabalmente, vamos a dedicar los epígrafes siguientes.

2. SOBRE LA ENCOMIENDA DE LA FIJACIÓN DEL RÉGIMEN DEL PERSONAL DIRECTIVO A FAVOR DE LOS GOBIERNOS ESTATAL Y AUTONÓMICOS

Como acabamos de leer, el artículo 13 del EBEP, en su párrafo inicial, determina que serán *el Gobierno o los Órganos de Gobierno* de las Comunidades Autónomas quienes establezcan, en su caso, el régimen del personal directivo profesional. Una determinación que, a nuestro modesto entender, resulta *tan enigmática como discutible*.

Enigmática, porque la «abdicación» del Estatuto Básico a favor de los Gobiernos estatal y autonómicos en lo que hace al régimen de directivos *no encuentra adecuada explicación desde la estricta razón jurídica*, entendida ésta como lo hiciera el profesor NIETO². Esto es, no hallamos causa o motivo de peso que, en estricto rigor jurídico, produzca, esclarezca o justifique la solución adoptada por el legislador estatutario. De hecho, y en apoyo de este entendimiento, cabe recordar que tampoco los redactores del Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público³ pare-

² Conviene recordar, a este respecto, que el Profesor Nieto define la razón jurídica como aquí se ha hecho, en su sentido más ordinario y popular, es decir, desde un punto de vista y con un alcance causal. Véase, NIETO, A., *Crítica de la Razón Jurídica*, Edit. Trotta, 2007, p. 23.

³ Léase el Punto 9, pp. 37 y ss., del mencionado Informe de la Comisión para el Estudio Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, donde se afirma, con carácter general, que: «Por su propia naturaleza

cían tener del todo clara esta cuestión, pues, al menos en primera instancia, abogaron porque fuesen *las leyes* del Estado y de las Comunidades Autónomas (esto es, el legislador estatal y autonómico en suma) y no los reglamentos (los ejecutivos) quienes determinasen el régimen jurídico del personal directivo profesional.

Es más, si nos atenemos a los distintos borradores del Estatuto Básico del Empleado Público elaborados por el Ministerio de Administraciones Públicas con carácter previo a su tramitación en Cortes⁴ (en otros términos, antes de las modificaciones que el texto sufrirá en sede senatorial)⁵, se verifica que ni tan siquiera para el propio legislador resultaba evidente que la solución idónea fuese la que podríamos llamar «opción gubernativa», es decir, encomendar los Gobiernos (estatal o autonómicos) la instauración del específico régimen del personal directivo. Recuérdese, en efecto, que en todos los anteproyectos del artículo 13 del EBEP anteriores a su última reforma en el Senado, se recogía que: «En *las Leyes de Función Pública* que para cada Administración Pública se dicten en desarrollo de este Estatuto se podrá establecer el régimen jurídico del personal directivo...»⁶. Así pues, ya sea desde la estricta razón jurídica, ya sea desde los documentos preparativos del EBEP (Informe de la Comisión de Estudio y borradores), no se acierta a comprender del todo el porqué de la fórmula finalmente escogida por el legislador estatutario.

A ello hay que añadir que la «opción gubernativa» del artículo 13, primer párrafo, del EBEP *resulta ciertamente controvertible, a la luz de los señalados inconvenientes e interrogantes que plantea*. Interrogantes e inconvenientes entre los que cabe destacar *el salto en el vacío* que supone transitar de lo preceptuado en el Estatuto a lo contenido en los eventuales reglamentos de desarrollo, sin ninguna otra norma de rango legal que haga las veces de pasarela o de colchón amortiguador.

Así es, no deja de resultar llamativo que mientras el Estatuto Básico del Empleado Público invita, con carácter general (v., art. 6) a las Leyes de Función

y contenido, el Estatuto Básico debe ser desarrollado, a partir de su aprobación, por las leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas que regulen el empleo público.» Para posteriormente, y en lo que atañe al personal directivo, proponer expresamente que su regulación se remita: «...a las leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas...». Vid., VV. AA., *Estatuto Básico del Empleado Público: Informe de la Comisión abril de 2005*, Edit. INAP, Madrid, 2005, p. 68 (Punto 25).

⁴ Durante el proceso seguido en la elaboración del EBEP, y desde el entonces Ministerio de Administraciones Públicas, se propusieron, cuando menos, dos borradores de anteproyecto de Ley. Uno de 17 de abril de 2006 y otro anterior de 25 de noviembre de 2005. Pues bien, en este último, en concreto en su artículo 15 (ahora 13) determinaba que: «Es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas. *Por leyes de Función Pública* de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas *se establecerá* su régimen jurídico así como los criterios materiales para determinar la condición del personal directivo».

⁵ El artículo 13 del actual EBEP viene modificado, en lo que aquí importa, en el trámite de enmiendas del Senado, tal y como se recoge en el BOCG (VIII Legislatura), Serie A, de 29 de marzo de 2007, núm. 94-15.

⁶ Véase, de nuevo, artículo 15 de los Borradores de Anteproyecto de Ley de fecha 25 de noviembre de 2005 y 17 de abril de 2006.

Pública a desarrollar sus contenidos, no haga lo mismo cuando del régimen del personal directivo se trata. El EBEP, en efecto, se remite a las leyes que deberán aprobar las Cortes Generales y las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas para completar sus contenidos en buena parte de su articulado y, en especial, cuando éste incorpora alguna innovación señalada (vid., p. ej., el caso de sus arts. 16.3 y 17, referidos al eventual diseño de la carrera horizontal). Tanto es así que, en no pocos casos, la entrada en vigor de estas innovaciones se hace depender, justamente (véase Disposición Final 4ª del EBEP), del dictado de dichas Leyes de Función Pública «de desarrollo».

Por el contrario, y cuando de una de las novedades más destacadas del Empleo Público se trata como lo es la eventual instauración del régimen del personal directivo, *no es a la ley –como ya se ha dicho– a la que emplaza el legislador estatutario, sino al reglamento*. Dato este que, unido a la parquedad del Estatuto Básico en lo que concierne al propio régimen de directivos y al carácter meramente potestativo de la atribución contenida en el art. 13 del EBEP, da como resultado que, *en principio, quede en manos de la norma reglamentaria (o de los Gobiernos, si se prefiere) la casi totalidad de la configuración jurídica del régimen del personal directivo*; y sin que por ello se pueda excluir una eventual intervención del legislador en la materia, pues, como es bien sabido por todos, no existe en nuestro Ordenamiento reserva de ámbitos materiales a favor del reglamento frente a la ley.

Por lo demás, ello nos sitúa ante dos nuevos interrogantes: *a) ¿cabe reputar válida esta amplia llamada a la colaboración del reglamento contenida en el primer párrafo del artículo 13 del EBEP?*; y *b) ¿no se habrá verificado, por mor de esta amplísima encomienda «gubernamental», una eventual deslegalización de la materia «régimen jurídico del personal directivo»?* Estos dos interrogantes, sin duda y dada su trascendencia, merecerán nuestra atención y nuestro comentario en un epígrafe posterior.

2.1. Un punto de partida necesario: la reserva de ley en materia de función pública... directiva

Antes de dar respuesta a los dos interrogantes que venimos de plantear, conviene establecer que ambos se encuentran relacionados con una temática ciertamente complicada, y sobre la que mucho se ha escrito e investigado, a saber: *el alcance de la reserva de ley en materia de función pública*⁷; y, en lo que

⁷ En relación con este argumento, no creemos que esté de más recordar aquí, siquiera brevemente, algunos de los caracteres elementales de la reserva de ley en términos generales, y que, siguiendo a SANTAMARÍA PASTOR, serían los siguientes: *a)* que la reserva de ley es *una de las piezas fundamentales* del sistema de reparto de competencias entre el poder legislativo y el ejecutivo; *b)* que, en su virtud, *ni el reglamento ni tampoco la ley pueden elegir libremente sus ámbitos respectivos de actuación*, pues es la norma constitucional la que impone que determinadas cuestiones sean ordenadas sólo e inexcusablemente de acuerdo a la se-

ahora nos interesa, de función pública directiva, en tanto que posible subcategoría de la primera. Dicho de otro modo: responder a la pregunta de si la llamada al reglamento formulada por el legislador del EBEP en el artículo 13, primer párrafo, resulta lícita o no y si, en su consecuencia, se puede afirmar que se ha verificado a través de ella una deslegalización de la materia «régimen del personal directivo», exige determinar, previamente, los concretos límites de la reserva de ley en este campo, pues lo que no resulta discutible –de existir– es la jerarquía de aquella reserva sobre el reglamento, así como su carácter absoluto.

Esto sentado, y sin perder de vista el propósito de este epígrafe (dar respuesta al primero de los dos interrogantes que acabamos de proponer), procede verificar ahora, en primer término, si existe reserva de ley en la materia «función pública» y, más en concreto, en su versión de función pública directiva. A continuación, y en un segundo término, habrá que averiguar si la llamada a la colaboración del reglamento resulta o no admisible en el campo del empleo público en general y, en caso afirmativo, si también puede considerarse admisible en el específico ámbito del empleo público directivo.

Conforme a esta sistemática, verifiquemos, pues, *si existe o no reserva de ley en el ámbito de la función pública y, por extensión, en la función pública directiva*. Verificación que, con base en el art. 103.3 de la CE no puede arrojar sino un resultado afirmativo, tal y como ha manifestado con rotundidad la doctrina (por todos, Parejo Alfonso o Sánchez Morón)⁸, así como el Tribunal Constitucional (vid., sentencia 37/2002, de 14 de febrero, entre otras)⁹, en cuyo fundamento jurídico cinco determina que: «El art. 103.3 CE establece, efectivamente, una reserva para la regulación por ley de diversos ámbitos de la función pública, entre los que se encuentra el estatuto de los funcionarios públicos...». Así pues, y de acuerdo con ello, no cabe sino afirmar que el estatuto de los funcionarios públicos, en virtud de la reserva de ley determinada «ex» art. 103.3 CE, *queda sustraído* a la normación reglamentaria.

gunda; c) que la reserva de ley se configura como *una garantía a favor de la institución parlamentaria*, y ello no sólo frente a la *vis* expansiva de la potestad de los gobiernos, sino también frente a sí misma; frente a su eventual indolencia; d) que no siempre está del todo claro, en términos constitucionales, dónde existe una reserva de ley, pues, si bien es cierto que hay reservas expresas y absolutamente claras (p. ej., arts. 13.2 y 128.2 de la CE), no lo es menos que existen innumerables supuestos de reservas implícitas no del todo dilucidadas; e) que una vez formulada reserva de ley sobre una concreta materia, su regulación queda vedada al reglamento independiente; f) que, incluso allí donde dicha reserva de ley se ha establecido, la norma reglamentaria podrá colaborar con aquella, siempre y cuando sean respetados los siguientes criterios: *completud* (esto es, que el legislador haya ordenado previamente el régimen jurídico sustancial de la misma), *mensurabilidad* (es decir, que el llamamiento a la norma reglamentaria por la ley haya sido expreso, concreto, específico y convenientemente delimitado) y *previsibilidad* (o, dicho de otro modo, fijación legal anterior de los criterios materiales y directrices finalistas en la norma legal); y g) que la *ejecución administrativa* viene a consentir que la remisión pueda ser más amplia cuando la materia en cuestión haya sido confiada al cumplimiento, ejecución o vigilancia administrativa. Vid., SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General I*, Edit. Iustel, Madrid, 2004, en concreto, pp. 361 y ss.

⁸ PAREJO ALFONSO, L., «Los límites de desarrollo del Estatuto...», ob. cit., pp. 46 y ss.; SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la Función...*, ob. cit., pp. 69 y ss.

⁹ En la misma línea que ésta, cabe apuntar la clásica y temprana, STC 99/1987, de 11 de junio.

No obstante, y como también es conocido por todos, aquella declaración y esta postrera conclusión *no implican la exclusión total de la norma reglamentaria del ámbito regulador de la función pública*. En este sentido, de nuevo Sánchez Morón nos recuerda que «... la reserva de ley *no impide la colaboración del reglamento con la ley reguladora de la materia reservada*, reglamento al que la ley puede remitir la normativa de detalle, complementaria o necesaria para la aplicación de sus mandatos. Antes al contrario, en materia de función pública, esa colaboración reglamentaria resulta prácticamente obligada...».¹⁰ Por lo demás, en términos muy parecidos y conforme a idéntica lógica, el Tribunal Constitucional precisa (STC 37/2002 de 14 de febrero antes citada)¹¹ que la sustracción que se deriva de la reserva de ley *no tiene que ser entendida: «... en el sentido de que las disposiciones del Gobierno no puedan, cuando así lo requiera la ley, colaborar con ésta para complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia reservada*, pues esta colaboración que en términos de política legislativa habrá de resultar pertinente en muchos casos y no será contradictoria con el dictado de la Constitución cuando la remisión al reglamento lo sea, estrictamente, para desarrollar y complementar una previa determinación legislativa...».

En suma, de todo lo anterior se deduce que *incluso allí donde existe reserva de ley, queda establecido que cabe la llamada a la colaboración del reglamento* (como lo demuestran las múltiples normas de este rango que complementan lo preceptuado en la LFCE o en la LMRFP, por ceñirme tan sólo a la legislación del Estado), *siempre y cuando –eso sí– la ley contenga lo que el Tribunal Constitucional denomina: «...una determinación material suficiente...»*¹². Concepto éste al que Santamaría Pastor prefiere aludir como: «...*quantum* admisible de reenvío legal...»¹³ y, en torno al cual, gira justamente la respuesta a la cuestión aquí suscitada.

¹⁰ SANCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la función...*, ob. cit., p. 69.

¹¹ Cítense también, a este respecto, las SSTC 99/1987, de 11 de junio y 47/1990, de 20 de marzo, entre otras.

¹² Recuérdese, el FJ 5 de la STC 37/2002, de 14 de febrero, en el que se determina precisamente que: «De manera que «las normas que disciplinen estos ámbitos serán, en el concepto constitucional, ordenadoras del Estatuto de los funcionarios públicos» y dicha normación, en virtud de la reserva constitucional del artículo 103.3 CE, «habrá de ser dispuesta por el legislador en términos tales que, de conformidad con lo antes observado, sea reconocible en la ley misma una determinación material suficiente de los ámbitos incluidos en el estatuto funcional, descartándose, de este modo, todo apoderamiento explícito o implícito a la potestad reglamentaria para sustituir a la norma de ley en la labor que la Constitución le encomienda». En el mismo sentido, las SSTC 99/1987, de 11 de junio (FJ. 3 c) y 235/2000, de 5 de octubre (FJ. 5). De hecho, no son pocas las normas de carácter reglamentario que, hoy por hoy, ordenan aspectos específicos del régimen de función pública, entre los cuales cabe citar: el ya anotado RD 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el *Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos* (RGIPP); o el RD 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el *Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado*, entre otros.

¹³ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho...*, ob. cit., p. 368.

En otras palabras: *lo verdaderamente trascendente a la hora de determinar si el artículo 13 primer párrafo del EBEP incurre –o no– en un exceso de remisión al reglamento o, incluso, si se puede hablar de deslegalización es precisar el grado o quantum de reenvío normativo que cabe admitir en este campo desde la ley a la norma reglamentaria. Un grado de reenvío que no puede fijarse en abstracto, ni a priori, ni –por supuesto– con carácter general. De hecho, tan sólo es posible determinarlo indiciariamente con base en una serie de criterios que han sido establecidos por el Tribunal Constitucional¹⁴ y sintetizados y sistematizados por la doctrina (por todos Santamaría Pastor)¹⁵, tales como su grado de: a) *completud* (la ley debe regular la totalidad de los extremos constitutivos del régimen sustancial de la materia); b) *mensurabilidad* (la remisión de la norma legal al reglamento debe ser expresa, concreta, específica y estar adecuadamente delimitada); c) *previsibilidad* (lo que significa que el legislador ha de haber fijado con carácter previo los criterios materiales y finalistas a respetar por el Ejecutivo); y d) *ejecución administrativa* (en tanto la materia confiada al reglamento ha de encontrarse entre aquellas que son atribuidas preferentemente al cumplimiento, ejecución o vigilancia administrativa).*

Fijados estos criterios «estimatorios» del *quantum* de reenvío normativo considerado admisible podemos –ahora sí– hablar o no de eventual ilicitud (o de deslegalización) de la materia «régimen jurídico» del personal directivo profesional. Volvamos, pues, sobre nuestros pasos para dar respuesta a las dos incógnitas planteadas de inicio, a saber: *¿resulta admisible la remisión que efectúa el primer párrafo del artículo 13 a la norma reglamentaria en lo que concierne al régimen jurídico del personal directivo? Y, en caso negativo, ¿estamos ante un supuesto de deslegalización?*

2.2. Sobre el generoso reenvío del legislador EBEP a la norma reglamentaria: ¿un exceso legislativo?

Obviamente, y para el legislador básico, el *quantum* de reenvío contenido en el primer párrafo del artículo 13 del EBEP resulta del todo admisible y entraría dentro de lo que antes hemos denominado «determinación material suficiente». *Sin embargo, y a nuestro juicio, no cabría descartar por este solo dato que en el precepto discutido no se haya verificado un «exceso» del legislador estatutario en cuanto al grado de reenvío a la norma reglamentaria; y, en tal caso, no resultaría ilógico entender discutible la validez de dicho reenvío con base en la eventual infracción de los criterios indiciarios o estimatorios que acabamos de exponer.*

¹⁴ Ver, entre otras, la STC 5/1981, de 13 de febrero; la STC 77/1985, de 27 de junio; y la ya citada STC 99/1987, de 11 de junio.

¹⁵ Para saber más acerca de estos criterios, véase, SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo...*, ob. cit., pp. 368 y 369.

En efecto, somos de la opinión de que *el párrafo inicial del artículo 13 del EBEP no satisface del todo el criterio de la completud*, pues la regulación estatutaria del régimen jurídico del personal directivo no parece ser suficiente para considerar que con ella se determinan los extremos constitutivos del régimen sustancial de la materia. Nótese que este párrafo inicial del artículo 13 encomienda al Gobierno y a los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas la práctica totalidad del régimen de directivos, salvedad hecha de los «...*criterios*...» y «...*principios*...» que «...*entre otros*...» fija el propio legislador estatutario. Así las cosas, es posible afirmar que estamos ante una habilitación, cuando menos, extraordinariamente amplia y generosa, de muy escasa densidad normativa¹⁶ y que, en suma, no parece respetar el criterio de la completud.

En cuanto al *criterio de la mensurabilidad, por su parte y a nuestro modesto entender, cabría llegar a una conclusión similar*, pues, a pesar de que la llamada al reglamento resulta aquí ciertamente inequívoca (en el sentido ordinario de clara), no puede reputarse ni concreta ni específica. No señala ni ordena, en efecto, aspectos o cuestiones concretas del régimen jurídico del personal directivo sino que alude, de un modo muy genérico, a la práctica totalidad del mismo; excepción hecha –como ya antes se ha evidenciado– de la instauración de los principios y criterios legales por los que deberá regirse esta materia.

Algo muy distinto ocurre, sin embargo, con *el criterio de la previsibilidad*, pues éste *sí que podría considerarse cumplido*. No cabe duda, cierto es, que el legislador (a través del artículo 13 párrafo primero) determina algunos de los criterios y directrices básicos y finalistas de la regulación del personal directivo profesional. Una determinación que, en su caso, condicionará al Gobierno y a los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas llegado el momento de ejercer legítimamente su potestad reglamentaria sobre esta materia. Lo cual, dicho sea de paso, permitirá prever y anticipar hasta cierto punto el sentido y orientación últimos que la misma pueda tener¹⁷.

En lo que concierne al aquí llamado *criterio de la ejecución administrativa (Santamaría Pastor)*¹⁸ *también cabría entenderlo satisfecho*. El acceso a la condición de personal directivo profesional, los aspectos particulares relativos al procedimiento de designación, evaluación, responsabilidad, control de resultados, etc., son cuestiones que podemos suponer circunscritas entre aquellas que son atribuidas preferentemente al cumplimiento, ejecución o vigilancia administrativa. Por lo que, en buena lógica, resulta de todo punto válido admitir en estos espacios un mayor margen de colaboración entre ley y reglamento.

¹⁶ Insístase en que, por mor del artículo 13 primer párrafo del EBEP, el resto de elementos del régimen básico directivo no tendrán otro valor que el de meros principios.

¹⁷ Así lo exige el Tribunal Constitucional, en la STC 99/1987, de 11 de junio.

¹⁸ Cfr., SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho...*, ob. cit., p. 369.

En definitiva, *el balance final de nuestro examen de constitucionalidad resulta incierto*, como también lo es la respuesta a la primera pregunta planteada. Y ello porque, si bien pueden considerarse observados los criterios de la ejecución administrativa y de la previsibilidad en la remisión estatutaria del artículo trece del EBEP al reglamento, no cabe decir lo mismo de los criterios de la mensurabilidad y completud. En otras palabras: resulta difícil saber si el legislador básico ha dado adecuado cumplimiento a la exigencia de «...determinación material suficiente...» que impone el Tribunal Constitucional para entender conforme la colaboración entre ley y reglamento en aquellos ámbitos materiales donde existe una reserva a favor de la primera. Lo que significa, en lo que aquí interesa, que *resulta fundado albergar ciertas dudas* acerca de la validez de la amplia remisión a la colaboración del reglamento contenida en el primer párrafo del artículo 13 del EBEP.

Evidenciado este dato, nos queda aún por enfrentar *la segunda de las cuestiones planteadas al inicio de este epígrafe*, a saber: ¿supone esta generosa –y discutible– remisión al reglamento una deslegalización del régimen jurídico del personal directivo profesional? A nuestro juicio, de conformidad con lo expuesto hasta aquí y si nos atenemos a la definición de deslegalización formulada por García de Enterría, *la respuesta a esta pregunta dependerá «del cristal con el que se mire»*, esto es, de si se juzga o no que existe una normación sustantiva, previa y suficiente del régimen jurídico de los directivos públicos en el artículo 13 primer párrafo del EBEP.

En efecto, comencemos por señalar que deslegalización es, en términos de García de Enterría: «...*la operación que efectúa una ley que, sin entrar en la regulación material de un tema, hasta entonces regulado por ley anterior, abre dicho tema a la disponibilidad de la potestad reglamentaria de la Administración*»¹⁹. De acuerdo con este concepto de deslegalización, será necesario que comparezcan dos elementos para poder apreciar su asistencia, a saber: *a) una regulación legal previa* de la materia en cuestión; y *b) que esta regulación legal previa sea sustituida por una nueva ley que llame a la colaboración del reglamento, y lo haga sin entrar en la determinación sustantiva* de la materia en concreto. Veamos, en lo que sigue, si se dan cita en el primer párrafo del artículo 13 del EBEP estas dos notas caracterizadoras de la deslegalización.

A nuestro juicio, y con base en lo dicho hasta el momento, parece haber quedado suficientemente demostrado que el EBEP *formula una clara llamada al reglamento sin determinar, con carácter previo, los elementos materiales mínimos y suficientes del régimen jurídico del personal directivo*. Por tanto, y sin necesidad de insistir de nuevo en este punto, cabría afirmar que *se verifica, de inicio, la presencia del segundo de los requisitos* a los que acabamos de hacer mención.

¹⁹ Vid., GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R., *Curso de Derecho Administrativo...*, ob. cit., p. 277.

En cuanto al primero, esto es, la existencia o no de una previa regulación legal de la materia «régimen jurídico» del personal directivo, su concurrencia en el artículo 13 del EBEP resulta más compleja de establecer. Y lo es porque, con carácter inicial, exige una toma de postura en cuanto a si se entiende que antes del EBEP existía, o no, una regulación legal del régimen de directivos. Una toma de postura que, en nuestro caso, lo es por opinar que *formalmente no existía tal regulación legal (previa y precisa) del régimen jurídico del personal directivo, pero que sí la había en un sentido material o sustantivo*; al menos, si nos atenemos a lo contenido en las leyes de organización y de función pública estatales y autonómicas. Así, por ejemplo, era posible deducir cuál era el régimen jurídico de los Directores Generales de la AGE acudiendo a las previsiones de la LOFAGE y, en su caso, a la normativa de función pública. Lo cual nos permite afirmar que *el segundo requisito (regulación sustantiva legal previa) también podría entenderse cumplido y que, por consiguiente, a través del artículo 13 del EBEP se estaría efectuando una deslegalización material del régimen jurídico del personal directivo profesional*. Deslegalización que, por lo demás, no resultaría ni abierta ni explícita sino implícita o «disimulada», pero que no por ello es menos trascendental.

A la vista de todo lo expuesto, pues, y a modo de resumen, desde estas páginas entendemos: *a)* que la encomienda de la regulación del régimen jurídico del personal directivo a favor del Gobierno y de los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, aunque posible, *se formula en unos términos demasiado amplios*, lo cual plantea serias dudas en cuanto a la validez de la misma; y *b)* que, precisamente por ello, *no cabe excluir que se haya producido una deslegalización del régimen jurídico del personal directivo*, si bien no en un sentido técnico o formal, sí, desde luego, a un nivel fáctico o material.

Ahora bien, *no podemos formular estas apretadas conclusiones sin precisar, de inmediato, que la regulación por reglamento de una materia no «congela» su contenido frente a la ley*, como ya antes hemos anotado. En efecto, se comparta o no la hipótesis del exceso de remisión estatutario y, en su caso, la de la deslegalización, lo cierto es que el reenvío contenido en el artículo 13 primer párrafo del EBEP a los ejecutivos estatal y autonómico no excluye, en ningún supuesto, la posibilidad de que sea el legislador (también estatal o autonómico) quien «entre» a ordenar la materia. Baste recordar ahora, como antes y mejor lo han hecho entre nosotros otros autores (por todos Santamaría Pastor y García de Enterría)²⁰, que no existe en nuestro Ordenamiento —con base en la Constitución— una reserva reglamentaria (excepción hecha de los especialísi-

²⁰ Vid., SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General I*, Edit. Iustel, Madrid, 2004, en concreto, p. 343. De un modo más extenso, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R., *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, 12ª ed., Edit. Thomson-Civitas, Madrid, 2004 (reimpresión de 2005), pp. 238 y ss.

mos reglamentos parlamentarios sobre los que no viene al caso entrar en este momento). De suerte que, en las gráficas palabras de Sánchez Morón: «...no existe ámbito material alguno en el que la supremacía de la ley sobre el reglamento no se produzca...»²¹.

En síntesis, el legislador estatal –como también el autonómico en el nivel regional–, y en el ejercicio de su propia competencia, tiene libertad absoluta para ocupar cualquier campo normativo y, en lo que aquí nos interesa, para regular por ley lo que el EBEP encomienda al reglamento en materia de personal directivo profesional. Cuestión distinta es que, por distintas razones y circunstancias, es de suponer que esto no va a ser así, y que el régimen de directivos va a quedar en manos, finalmente, del regulador (estatal o autonómico) reglamentario. Entre aquellas circunstancias y razones se encontraría que la opción primera y en apariencia preferente del legislador estatutario del empleo público en este caso haya sido, justamente, la de encomendar *el eventual* establecimiento del régimen de directivos al Gobierno y a los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas. Y decimos «eventual», porque en ninguna parte del EBEP está escrito que el uno o los otros «deban» instituir dicho régimen. Se trata, en efecto, de una mera facultad. Una suerte de licencia concedida por el legislador a los ejecutivos estatal y autonómico que éstos pueden –o no– utilizar a conveniencia y que, en lo que ahora importa, constituye otro de los contenidos destacados del primer párrafo del artículo 13 del EBEP digno de comentario.

3. LA ATRIBUCIÓN POTESTATIVA ESTATUTARIA A FAVOR LOS EJECUTIVOS EN MATERIA DE PERSONAL DIRECTIVO

A nuestro juicio, el hecho de que el legislador EBEP consienta a los ejecutivos establecer o no el régimen del personal directivo profesional *minora, ciertamente, la trascendencia que tenía el reconocimiento estatutario de esta de clase personal*. En efecto, para quienes nos hemos dedicado en alguna ocasión al estudio de la temática directiva, lo cierto es que de poco o muy poco sirve haber reconocido al personal directivo en el EBEP si ni tan siquiera se exige a los ejecutivos estatal y autonómico (o a sus correspondientes legisladores) establecer su régimen jurídico. La declaración contenida al comienzo del susodicho primer párrafo del artículo 13 del EBEP, en el sentido de que: «El Gobierno y los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas *podrán establecer* [...] el régimen jurídico específico del personal directivo...», resta trascendencia a la ya de por sí parca regulación básica de la materia, pues, en síntesis, implica dejar en manos de los ejecutivos (estatal y autonómico) no sólo el contenido sino también el continente regulatorio. Es decir, no sólo la precisión del concreto alcance y significado de las previsiones del EBEP en esta materia,

²¹ Cfr., SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, 4ª ed., Edit. Tecnos, Madrid, 2008, p. 194.

sino también la decisión última de instituir o no dicho régimen en cada singular Administración.

A nuestro entender, y por lo demás, esta opción del legislador *resulta ciertamente criticable*. En primer término porque, tanto desde un estricto punto de vista semántico (y de analogía interna de la norma) como en relación con otros preceptos del propio Estatuto Básico, esta opción del artículo 13 del EBEP se aparta de la lógica general de la ley. En efecto, nótese, por ejemplo, que son muy pocos los preceptos del Estatuto Básico redactados en términos similares, ni formal ni sustantivamente [salvo, quizá, los artículos 2.2; 16.3; 37.8; 49, en sus letras a) y b); 70; 81; 87; 88; 89, letra a); y 91]. A ello hay que añadir, en segundo término, que si en verdad el Estatuto Básico pretende establecer los principios generales aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público de todas las Administraciones, este propósito queda defraudado en lo que al personal directivo se refiere, pues la regulación estatutaria debería incluir, cuando menos, una ordenación mínima y sobre todo obligatoria del régimen jurídico de esta categoría de personal; lo cual, desde luego, no se asegura confiando a los ejecutivos la decisión última de fijar este régimen y, menos aún, del modo en el que lo hace el primer párrafo del artículo 13 del EBEP. Por último, no podemos pasar por alto que el carácter potestativo del EBEP en lo que concierne al establecimiento del régimen de directivos hace que éste *se desvíe de la lógica de la modernización, la innovación y la gobernanza administrativas*. Porque ocurre, en efecto y si creemos en el discurso modernizador, que éste demanda –y no sólo consiente– la instauración de una clase directiva en clave profesional y, cabalmente, de un régimen jurídico de la misma coherente con él. Una clase directiva y un régimen jurídico que, en suma, sean capaces de asumir y de reflejar los fundamentos de una gestión pública construida sobre la eficacia, la eficiencia, la responsabilidad, la calidad, el control de los resultados, etc., acorde a lo proclamando expresamente en el propio EBEP (v., Exposición de Motivos) y, de un modo implícito, en su artículo 13.

Llegados a este punto, y si todo lo anterior es cierto –y en nuestra opinión lo es–, cabe preguntarse: *¿cuál es la razón o las razones que han llevado al legislador estatutario a atribuir un carácter meramente discrecional al reenvío del régimen de directivos a favor de los Gobiernos?* Pregunta no menos pertinente ni trascendente que las anteriores e, incluso, más justificada si babe, teniendo en cuenta que en varios de los borradores del EBEP la fórmula que se empleó en un principio fue la de: «...se establecerá...»²² en vez de esta otra de «...podrán establecer...», finalmente acogida.

²² Recuérdese, a estos efectos, el Borrador del Anteproyecto de Ley de 25 de noviembre de 2006, en cuyo artículo 15 se establecía que: «Es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas. Por leyes de Función Pública de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas se establecerá su régimen jurídico así como los criterios materiales para determinar la condición del personal directivo».

3.1. Motivos y razones que justificarían la «opción facultativa» del legislador estatutario

Las únicas respuestas posibles que imaginamos a la pregunta anterior tienen que ver, de una parte, con el *pretendido y autoproclamado carácter del EBEP como norma de mínimos*; y, de otra, con su *igualmente declarada intención y finalidad de ser respetuoso con las competencias del resto de legisladores en la materia «empleo público»*. A la luz de estos argumentos, en efecto, una eventual imposición del EBEP que obligase al legislador (autonómico) a determinar el régimen jurídico del personal directivo, bien pudiera interpretarse como una contravención de aquellas dos premisas: *a)* su cualidad de norma de mínimos y *b)* su respeto por el orden de distribución de competencias en la materia.

Ahora bien, conforme a nuestro propósito inicial de reflexionar con un cierto grado de detalle y sentido crítico sobre el contenido del primer párrafo del art. 13 del EBEP, opinamos que aún cabría *plantearse si son suficientes estos dos argumentos para disculpar la «opción facultativa» estatutaria contenida en este precepto*. Planteamiento o interrogante que, por lo demás, nos obliga a indagar en el significado y alcance justamente de aquellas dos máximas del EBEP a las que nos acabamos de referir.

Así es, en lo que se refiere a su *carácter de «norma de mínimos»*, conviene destacar que éste ha sido varias veces proclamado implícitamente por el propio legislador básico y, de modo expreso, por la Comisión para el Estudio y la Preparación del Estatuto Básico en su informe previo. En efecto, de una parte y en numerosas previsiones del EBEP –que rehusamos citar aquí– subyace su naturaleza de «norma de mínimos». La *Exposición de motivos* de la ley, sin ir más lejos, resulta suficientemente ilustrativa a este respecto cuando proclama que: «...cada Administración debe poder configurar su propia política de personal...»²³ a fin de conseguir: «...la apertura de mayores espacios a la autonomía organizativa...».

En la misma línea, y en el *Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico*, se puede leer de manera expresa que esta ley debe serlo: «...de mínimos, esto es, una norma breve, que afirme con claridad la vigencia de los principios constitucionales en todo el espectro del empleo que materialmente debe considerarse público, que adopte las garantías necesarias para su cumplimiento y que establezca las líneas de modernización de las relaciones de empleo público en su conjunto, pero que deje un margen suficiente para la adaptación de ese núcleo común a las muy diferentes realidades a las que ha de aplicarse...»²⁴.

²³ Véase Exposición de Motivos de la Ley 7/2007, de 12 de abril.

²⁴ Vid., VV. AA., *Estatuto Básico del Empleado Público: Informe de la Comisión abril de 2005*, Edit. INAP, Madrid, 2005, p. 35.

De todo lo anterior se colige, en fin, que con base en la noción de «norma de mínimos», *el carácter potestativo o discrecional de la ordenación del régimen jurídico del personal directivo estaría plenamente justificado* en atención, cabalmente, a la necesidad de huir de fórmulas y expresiones que perpetúen la tradicional uniformidad, rigidez y detallismo de la legislación estatal en este ámbito del empleo público.

De otra parte, y en lo que atañe a *la segunda de las razones que justificarían la opción discrecional* (la intención confesada del legislador de no alterar el orden de reparto de competencias en la materia), conviene señalar algunas premisas fundamentales, como lo son²⁵:

- a) Que *la materia directiva, en cuanto tal, no ha sido objeto de reparto competencial sensu stricto entre Estado y Comunidades Autónomas, ni desde la Constitución ni desde los Estatutos de Autonomía*. A lo largo del texto constitucional, en efecto, nada se dice en cuanto a quién incumbe el establecimiento del régimen jurídico del personal directivo profesional. Como tampoco en ningún estatuto de autonomía, salvedad hecha, desde luego, del caso catalán, cuya renovada norma estatutaria²⁶ [artículo 150, letra a) de la misma] determina que: «*Corresponde a la Generalitat, en materia de organización de su Administración, la competencia exclusiva sobre: (...) la regulación de los órganos y directivos públicos...*». Determinación, por cierto, declarada constitucional (v., STC 31/2010, de 28 de junio, Pleno).
- b) Que, debido al peculiar carácter heterogéneo o «poliédrico» de esta materia, es decir, su eventual acomodo a un mismo tiempo entre las cuestiones atinentes a la organización, al régimen de personal, al derecho del trabajo, etc., *la determinación concreta de cuál sea el título competencial genérico al que acudir (a falta de uno específico) resulta una tarea especialmente complicada y difícil*. De hecho, e incluso dejando a un lado otros títulos

²⁵ En lo que atañe a la relación existente entre la cuestión directiva y la potestad de autoorganización de las Comunidades Autónomas, así como en lo respecta el reparto de competencias en esta materia, véase: ÁLVAREZ RICO, M., «La potestad organizatoria de las Comunidades Autónomas», en *RAP*, núm. 10, septiembre-diciembre, 1984, pp. 133 a 166; FONDEVILA ANTOLÍN, J., «Reflexiones en torno al informe para la preparación de un Estatuto Básico de Empleado Público», en *REALA*, núm. 298-299, mayo-diciembre, 2005, pp. 169 a 225; CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L., «Sobre la potestad autonómica de autoorganización», en *REDA*, núm. 71, 1991, pp. 317 a 332; JIMÉNEZ ASENSIO, R., «El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Función Pública», en *RVAP*, núm. 69 (I), 2004, pp. 129 a 159; PAREJO ALFONSO, L., «Límites del desarrollo del Estatuto por las Comunidades Autónomas», en *VV. AA., El Estatuto de la Función Pública a debate*, Edit. Colex, Madrid, 2003, pp. 33 a 48.

²⁶ Véase Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (BOE, núm.172, de 20 de julio de 2006). El artículo 150 (organización de la Administración de la Generalitat), se ubica en el Capítulo II (materias de las competencias), dentro del Título IV (competencias), del Estatuto de Autonomía. También en el art. 135 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Andalucía se alude al directivo público, pero se hace con la única intención de asegurar que en este nivel de la organización existirá una representación equilibrada de hombres y de mujeres. Recuérdese, en fin, que en el caso catalán este precepto ha sido declarado constitucional por Sentencia del Pleno del Alto Tribunal 31/2010, de 28 de junio.

competenciales ciertamente conexos (p. ej., el artículo 149.1.1^a, el artículo 149.1.6^a y 8^a, etc.)²⁷, se puede afirmar que la cuestión directiva encuentra encaje, a la vez, en el título competencial *bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y régimen estatutario de sus funcionarios* (esto es, organización y empleo público, artículo 149.1.18^a de la CE); *sin olvidarnos, por supuesto, del artículo 149.1.7^a (legislación laboral)*, en lo que atañe al personal directivo que posea dicha naturaleza.

Así las cosas, no es de extrañar que *el legislador básico del empleo público haya optado por concebir –acertadamente o no– que la competencia de regulación de la materia directiva se inscribe dentro del título competencial «régimen estatutario de funcionarios»*, en tanto que perspectiva funcional de la doble relación (orgánica y de servicio) que el titular de un puesto directivo entabla con la Administración.

En su consecuencia, además, y conforme a este entendimiento, cabe interpretar que *al reparto de competencias en la materia «régimen jurídico del personal directivo» le resultaría de aplicación las mismas reglas que a la distribución de competencias en materia de función pública*. Y si esto es cierto, al Estado le atañería la fijación de las bases del régimen estatutario del personal directivo (artículo 149.1.18^a de la CE), mientras que a las Comunidades Autónomas les incumbiría el desarrollo de aquellas bases estatales, amén de la ejecución-gestión en la materia. Estas reglas de reparto, por lo que respecta al personal directivo laboral, deberían completarse con las establecidas en el artículo 149.1.7^a de la CE, de donde se infiere que, en cuanto a esta clase específica de directivos, el Estado no sólo podría establecer las bases –que también– sino dictar la normativa de desarrollo, sin perjuicio de su ejecución por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas.

Ahora bien, todo ello nos conduciría a un nuevo problema, a saber: *el de determinar cuál sea el contenido y alcance de esas bases en la materia función pública en general, y de la función pública directiva en particular* (Sánchez Morón)²⁸; cuestión ésta que, obviamente, resulta imposible enfrentar ni puede hallar solución en esta sede, pues reclamaría un análisis pormenorizado de los muchos títulos competenciales implicados y sobrepasar, con mucho, los estrictos márgenes de este estudio.

Con todo, no nos resistimos a apuntar cuando menos: *a)* que el significado y alcance de lo básico no puede establecerse en abstracto, ni apriorísticamente, y no ha de ir nunca más allá de la noción de «mínimo común denominador normativo» (Santamaría Pastor)²⁹; *b)* que el margen de apreciación discrecional del que ha hecho uso el legislador del Estado en materia de función pública ha sido muy amplio en lo que respecta a la concreción del contenido y alcance de

²⁷ Vid., PAREJO ALFONSO, L., «Límites del desarrollo del Estatuto...», ob. cit., pp. 34 y ss.

²⁸ Cfr., SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la Función...*, ob. cit., pp. 72 y ss.

²⁹ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho...*, ob., cit., pp. 594 y ss.

lo básico (Jiménez Asensio)³⁰; c) que ésta ha sido, sin duda, una de las principales razones que han permitido tildar la legislación funcionarial del Estado hasta ahora como rígida, homogénea y en exceso detallada (Santamaría Pastor)³¹; y d) que, a su vez y precisamente por ello, el Tribunal Constitucional se ha visto forzado a precisar en más de una ocasión³² la extensión y elementos integradores de aquel mínimo común normativo llamado legislación básica en la materia empleo público.

Esto sentado, conviene *puntualizar, en fin, que en el seno de la relación que se establece entre funcionario y administración –tal y como ha explicado el Tribunal Constitucional español³³, Gianni³⁴ entre la doctrina italiana y entre nosotros Sánchez³⁵– es posible distinguir entre aspectos subjetivos y objetivos de la misma*. Y que dentro de los primeros estarían incluidas todas aquellas cuestiones referidas a la *situación y elementos personales* de los empleados públicos; mientras que, entre los segundos (aspectos objetivos), encontrarían acomodo aquellos otros contenidos que guardan una más estrecha relación con la *organización* burocrática de las administraciones Públicas.

Esta última matización resulta extraordinariamente relevante a nuestros efectos, pues nos pone sobre la pista de que, *si bien ambos elementos de la relación de empleo público estarían amparados por la competencia básica estatal en materia de funcionarios, la extensión y el alcance de la misma bien pudiera ser distinta respecto de cada uno de ellos*. Dicho de otro modo, mientras que la discrecionalidad del legislador estatal para determinar el contenido de lo básico en lo atinente a los aspectos subjetivos de la relación de empleo público pudiera ser muy amplia, debería resultar menor cuando se tratase de ordenar los componentes objetivos de aquella relación, ya que, como bien señala Sánchez Morón: «...en estos aspectos juega de manera más significativa el principio de autoorganización, por lo que la regulación estatal debe ser forzosamente mínima, muy escueta, sin que pueda determinar, por ejemplo,

³⁰ Cfr., JIMÉNEZ ASENSIO, R., «El reparto de competencias...», ob. cit., pp. 131 y ss.

³¹ Vid., SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho...*, ob. cit., p. 750.

³² Entre otras muchas, las SSTC 37/2002, de 14 de febrero (antes citada); 1/1982, de 28 de enero; 42/1983, de 20 de mayo; 69/1988, de 19 de abril; 76/1983, de 3 agosto.

³³ Ejemplo cualificado de ello, lo constituye la STC 37/1983, de 5 de agosto, FJ. 38, donde se establece que: «El artículo 149.1.18 de la Constitución reconoce al Estado competencia exclusiva para dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios. De ello deriva una doble competencia estatal en materia de función pública: 1.ª) competencia para regular los aspectos básicos de la situación personal de los funcionarios públicos; es decir, de la denominada relación de servicio, contenido indiscutible del régimen estatutario, y 2.ª) competencia para regular los aspectos esenciales de la organización de la burocracia de las administraciones públicas, pues la expresión «régimen jurídico» contenida en el precepto constitucional no se refiere exclusivamente al procedimiento y al régimen de recursos (como ha señalado este Tribunal Constitucional en su sentencia 32/1981, de 28 de julio), y ha de entenderse incluida también en ella la regulación básica de la organización de todas las Administraciones públicas.

³⁴ GIANNINI, M. S., «Impiego pubblico (teoria e storia)», en VV. AA., *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XX, Edit. Giuffrè, Milán, 1970, pp. 293 a 305.

³⁵ Cfr., SANCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la Función...*, ob. cit., p. 72.

los cuerpos y escalas u otras formas de ordenación de la burocracia de las Comunidades Autónomas»³⁶.

Así las cosas, puede afirmarse para terminar que la cercanía (o lejanía) de cuestiones tales como la determinación de cuerpos, escalas y otras formas de ordenación burocrática respecto del principio de autoorganización limita la discrecionalidad estatal para precisar el contenido y alcance de lo básico. Ello se debe a que, como bien ha evidenciado la doctrina (por todos Álvarez Rico)³⁷, *el principio de autoorganización constituye la esencia misma del principio de autonomía* y, por ende, de la propia configuración del estado autonómico. De esta suerte, negar total o parcialmente el mismo atentaría no sólo contra la competencia de autoorganización a la que alude el artículo 148.1.1ª de la CE, sino también contra las bases mismas de la organización territorial del Estado que configura el Título VIII de la CE; y esto es, precisamente, lo que ocurre con el régimen jurídico del personal directivo.

En efecto, siguiendo esta tesis y al haber sido configurado el directivo público –al menos formalmente– como una clase de personal al servicio de la administración (aunque no de empleado público), *cabe interpretar que la ordenación de su régimen jurídico se convierte en una cuestión fundamentalmente de organización*. Así las cosas, *la legislación básica del Estado en esta materia ha de ser, por fuerza, mínima y muy escueta*. De hecho, en el caso concreto del Estatuto Catalán, como ya antes advertíamos, una regulación básica estatal que afectase al régimen jurídico de sus directivos públicos pudiera resultar imposible (Jiménez Asensio)³⁸, pues –conviene insistir en este punto– el artículo 15 letra a) de la nueva norma estatutaria catalana (declarada constitucional) atribuye a la *Generalitat* la *competencia exclusiva* de regulación de los directivos públicos; justamente, por su consideración como elemento indispensable de la (auto)organización de esta Comunidad Autónoma.

En suma, la «lógica competencial» se nos muestra como segundo motivo explicativo o justificador de la opción discrecional del legislador estatutario contenida en el primer párrafo del artículo 13 del EBEP. Una opción que, en coherencia con lo dicho hasta el momento, no impone sino que consiente a los Gobiernos (estatal y autonómicos) establecer el régimen jurídico del personal directivo profesional, dado que, además de ser aquélla una «norma de mínimos», esta previsión opera sobre una materia íntimamente conectada a los aspectos objetivos de la función pública; y, por consiguiente, a la potestad de autoorganización-autonomía de cada una de nuestras administraciones.

³⁶ SANCHEZ MORÓN, M., v. supra., p. 74.

³⁷ Vid., ALVAREZ RICO, M., «La potestad organizatoria...», ob. cit., p. 134, en la que el autor proclama, refiriéndose al ejercicio de las competencias autonómicas, que éstas, para ser operativas: «...necesitan manifestarse a través de la potestad organizatoria que deviene así instrumento fundamental de la autonomía en su realización práctica.»

³⁸ Cfr. JIMÉNEZ ASENSIO, R., *Directivos públicos...*, ob. cit., pp. 139 y 140.

3.2. Rizando el rizo: una posible interpretación distinta

Presentada y explicada hasta aquí la tesis llamemos oficial o mayoritaria, esto es, aquella que entiende justificado y justificable que el legislador básico estatutario haya optado por dejar en manos de los ejecutivos (estatal y autonómicos) la materia directiva (con base en la noción de «norma de mínimos» y en la «razón competencial»), *nos atrevemos a sugerir en las páginas que siguen una segunda tesis o lectura distinta*. Una tesis intencionadamente provocadora y hasta cierto punto meramente teórica, pero acorde con el espíritu reflexivo que alimenta al Grupo de Investigación para el Estudio del Empleo Público en la que se formula y que, en lo que ahora nos interesa, insinuaría *que ni la «razón competencial» ni la noción de «norma de mínimos» explicarían suficientemente la fórmula escogida por el legislador EBEP*. Es decir, que la opción del legislador básico de otorgar un mero carácter discrecional al establecimiento del régimen de directivos por parte del Gobierno, y de los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, no estaría del todo justificada.

En efecto, de acuerdo a una distinta interpretación –que de inmediato explicaremos–, tanto el carácter de «norma de mínimos» del EBEP como el orden de distribución de competencias en la materia (directiva) resultarían argumentos controvertibles y poco sólidos para disculpar el carácter meramente discrecional de la encomienda de regulación del régimen de directivos a favor de los ejecutivos del Estado y de las Comunidades Autónomas; al menos, en los generosos términos en los que aparece contenida en el primer párrafo del artículo 13 del EBEP.

Así, por lo pronto, *en lo que concierne a la naturaleza del Estatuto como «norma de mínimos»* e incluso compartiendo de inicio la tesis mayoritaria antes expuesta, *opinamos también que cabe llegar a un entendimiento distinto, como lo es: que el legislador EBEP esté confundiendo brevedad con ausencia de regulación y flexibilidad con inhibición competencial*. Así es, a poco que se reflexione sobre ello, tanto la forma como el contenido del párrafo primero del artículo 13 del EBEP en lo que al personal directivo profesional se refiere, evidencia que *el requisito de la brevedad estaría sobradamente cumplido sin necesidad de haber acudido a la opción facultativa*. Nótese, en efecto, que tal y como señalábamos en páginas anteriores, tan sólo un artículo (precisamente el trece) de entre la centena que conforman el Estatuto Básico del Empleado Público ha sido dedicado a la cuestión directiva en cuanto tal. Por lo demás, su extensión bien puede considerarse escasa, sobre todo si la comparamos con la de otros preceptos de la misma norma estatutaria (señaladamente, el artículo 31). Por último, y desde un punto de vista no solo formal sino también sustantivo, no creemos exagerado afirmar que el artículo 13 del EBEP apenas establece meros criterios y principios básicos que, «...entre otros...», ordenarán las ulteriores y eventuales regulaciones «gubernamentales» del régimen del personal directivo profesional.

Así pues, y a la vista de todo lo expuesto, cabe entender que la brevedad o el carácter de «norma de mínimos» del Estatuto habría quedado satisfecho *sin necesidad, además, de incluir la opción o fórmula facultativa a favor de los Gobiernos estatal y autonómicos llegado el momento de establecer el régimen del personal directivo*. Tanto desde el punto de vista de la forma como del contenido, la regulación de la materia directiva que realiza el primer párrafo del artículo 13 del EBEP garantizaría por sí sola los necesarios espacios de autonomía organizativa a favor de las distintas Administraciones Públicas; y, con ello, la pretendida ruptura de la rigidez y el detallismo de tiempos pretéritos.

Ahora bien, por si esto no fuese suficiente y siempre de acuerdo con esta segunda interpretación o «tesis crítica» de la idea de norma de mínimos, entendemos que no puede pasarse por alto otro dato relevante y es que, a tenor del artículo 13 primer párrafo del EBEP: serán los propios órganos de Gobierno estatal y autonómico (o sus legisladores) quienes decidan si instituyen o no un régimen específico para esta categoría de personal; algo que resulta *ciertamente contradictorio* con el discurso modernizador; una de cuyas banderas es, precisamente, la profesionalización del personal directivo y de su régimen jurídico.

Así es, desde la lógica del régimen de directivos en clave profesional, una previsión como la anterior (en la que se opta por la voluntariedad y que se formula en unos términos tan generosos), *no sólo asegura una diversidad y flexibilidad necesarias sino que va mucho más allá, pudiendo dar lugar al nacimiento de diferencias injustificadas de régimen entre el personal de vértice de unas Administraciones y otras en aquello en lo que todas ellas deberían coincidir: contar con una regulación de directivos*.

Del mismo modo, y dando por supuesto que esta regulación se lleve a cabo a través de norma reglamentaria, *se corre otro peligro añadido: el de atomizar o «cantonalizar» en exceso la ordenación de dicho régimen, introduciendo distingos no sólo entre Administraciones Públicas –lo cual sería perfectamente comprensible– sino también en el seno de cada de ellas en particular, y de sus diferentes formas organizativas*. En efecto, si los Gobiernos (estatal y autonómicos) optan finalmente por establecer el régimen de directivos y lo hacen, según cabe suponer, a través de la vía reglamentaria (cuestión distinta es si mediase el legislador)³⁹, podríamos encontrarnos no ya ante un régimen de directivos diferenciado para cada Administración Pública –algo lógico a la par

³⁹ Es cierto que, si se reflexiona sobre ello, se puede entender que la mediación del legislador o, lo que es lo mismo, la apoyatura en la norma legal no resuelve el problema de la «cantonalización», pues, si en verdad el legislador autonómico o estatal está decidido a establecer regímenes jurídicos diferentes entre directivos, no habrá forma de impedirlo. No obstante, tampoco se podrá negar que, como aquí se postula, la llamada –en principio– a la norma reglamentaria y a los ejecutivos favorece todavía más esa atomización del régimen de directivos y la acelera, pues el ejercicio de la potestad reglamentaria, por razones de todos conocidas, plantea muchas menos trabas procedimentales e incluso –desde otro punto de vista– políticas que la actuación de la potestad legislativa.

que deseable—, sino ante tantos regímenes de directivos públicos como clases de personal con esta cualidad operasen en cada concreto nivel de la estructura organizativa (llámese administración territorial, institucional, etc.); por no mencionar ahora los sub-regímenes que cabría instaurar en el seno de cada una de ellas (así, por ejemplo y sólo en la AGE, el de los directivos que actúen en la estructura central, en la territorial o periférica, en el exterior, etc.); y, en fin, dentro de cada una de las sub-divisiones departamentales (Ministerios) que la conforman.

Por lo demás, ésta previsible inflación de regímenes (reglamentarios) directivos tan *sólo encontraría freno —de no mediar el legislador estatal o autonómico— en los exiguos límites que resultan de los criterios del artículo 13 del EBEP*; esto es, en las previsiones contenidas en los apdos. 1 a 4 de este precepto estatutario. Freno que, dicho sea de paso, no sería suficiente para impedir que, al fin y a la postre, el régimen del personal directivo profesional quedase siempre expuesto al albur de una clase política contingente y cambiante (los Gobiernos), cuyos volátiles deseos bien podrían —en lo que ahora nos interesa— no sólo modificar aspectos concretos del régimen de directivos, sino alterar el entero *status quo* de esta clase de personal con tan sólo elaborar o derogar un nuevo y singular. Este dato nos aleja un poco más del establecimiento de una clase directiva profesional que se pretende separada de la política, tal y como se nos muestra en otros países de nuestro entorno más cercano (Reino Unido o Italia, por poner un ejemplo).

En síntesis, con base en todo lo expuesto, *creemos que la «opción facultativa» contenida en el artículo 13 primer párrafo del EBEP bien podía haber ido más allá de lo que lo ha hecho, sin que ello hubiese menoscabado la necesaria prudencia y el carácter de «norma de mínimos» que acompañan a esta norma estatutaria*. La opción facultativa finalmente utilizada, en efecto, favorece el reconocimiento de una eventual y fenomenal diversidad de situaciones directivas que aquí apenas esbozado. Una diversidad que, presumiblemente, se traducirá en la articulación de una pléyade de regímenes de personal directivo, quizá no en todos los casos suficientemente justificada, deseable, ni operativa.

A este respecto, opinamos que no está de más traer a colación *la experiencia comparada* y, más concretamente, el hecho de que en algunos países europeos (p. ej., Italia) esta diversidad de regímenes —que alguna vez se ha consentido—, bien sea por imperativo legal (entre *dirigenti superiori* o *di prima fascia* y *dirigenti inferiori* o *di seconda fascia*) bien sea de facto (a través de los *inarchi dirigenziali ministeriali*), no ha dado buenos resultados. Antes al contrario: la pretendida y hasta cierto punto deseable diversidad directiva en el caso italiano ha terminado degenerando, en no pocos supuestos, en continuas e interminables tensiones y disputas entre una y otra clase de personal dirigente en el seno de cada Administración (p. ej., entre los directivos de éste o aquél Ministerio) debido a los mayores o menores beneficios que cada una de ellas obtendría, en particular, por lo que respecta a su retribución. Tensiones y disputas que, en fin,

han acabado derivando en problemas organizativos y de gestión de recursos humanos (léase movilidad interna entre las distintas estructuras administrativas) difícilmente resolubles. Por todo ello, y aun sabedores de que nos estamos refiriendo a un país y a una cultura administrativa distintos al nuestro, el caso italiano nos previene de que la decisión de instaurar regímenes de personal directivo en exceso diferenciados debe meditarse con calma y, en su caso, ser adoptada con las debidas precauciones.

Quede claro, por otra parte, que *con ello no pretendemos abogar por una vuelta a la homogeneidad ni al uniformismo estatal en la materia «régimen del personal directivo profesional»*. Somos de la opinión, e insistimos en este punto, de que los eventuales regímenes directivos que en un futuro se establezcan no deben ser uniformes, ya que, como sobradamente ha explicado la doctrina (por todos Jiménez Asensio y Canales Aliende)⁴⁰, los cometidos, estatus jurídicos, etc., de este tipo de personal tampoco lo son. Lo que sí sostenemos, en cambio, desde la sola y única razón directiva, es que: *a)* el legislador del Estatuto Básico bien pudiera haber obligado a los órganos de Gobierno de las distintas Administraciones Públicas, cuando menos, a establecer el régimen jurídico del personal directivo en su seno, dentro del respeto debido a sus singularidades; y *b)* que este hecho no hubiese ensombrecido ni puesto en duda, dada la generosidad de los términos utilizados, la cualidad del EBEP como «norma de mínimos», como tampoco la necesaria y anhelada flexibilidad de la legislación básica estatal en la materia.

Objetada, pues, la «noción de norma de mínimos» como razón primera y justificadora de la preferencia estatutaria por la discrecionalidad gubernativa, *otro tanto cabría decir de la segunda de ellas: la estricta observancia del orden de distribución de competencias en la materia*. En efecto, si bien podemos compartir la tesis mayoritaria de que existe un estrecho vínculo entre la temática directiva y las formas de organización y, a su través, con el régimen de autonomía (hasta el punto de que en este terreno se torna imprescindible una más exacta delimitación de la competencia estatal básica), también es posible demostrar —como trataremos de hacer en lo que sigue— que caben otras lecturas distintas.

Así, en primer término y sin llegar al extremo de discutir la facultad del legislador básico para auto-limitar su propia competencia (Fondevila Antolín)⁴¹,

⁴⁰ Cfr., JIMÉNEZ ASENSIO, R., «Funciones directivas y modernización...», ob. cit., pp. 119 y ss.; Vid., CANALES ALIENDE, J.M., «El directivo público...», ob. cit., p. 153.

⁴¹ Sostiene este autor, en efecto, que el legislador básico estatal, una vez el contenido de lo que es básico en una materia ha sido fijado constitucionalmente (Tribunal Constitucional), no puede disponer de dicho contenido en el sentido de reducir su alcance o significado material. El propio autor, refiriéndose a los aspectos básicos de la materia «función pública» una vez «consolidados», sintetiza su postura como sigue: «... estos contenidos [los fijados constitucionalmente] regulados por el actual marco normativo deben necesariamente considerar una delimitación definitiva de lo básico, por lo que toda actuación del legislador reduciendo el alcance y contenido de lo básico deber ser calificada de inconstitucional...». Vid., FONDEVILA ANTO-LÍN, J., «Reflexiones en torno al informe para la preparación...», ob. cit., p. 210.

opinamos que el Estatuto Básico ha privilegiado –quizá en exceso– el aspecto meramente orgánico de la relación directiva, contemplando ésta como un todo que sólo tiene cabida en la materia «clases de persona»l. En otras palabras: el legislador básico ha concebido el régimen jurídico de la función pública directiva como una temática atinente a las clases de empleados públicos, centrando su atención –casi en exclusiva– en el factor orgánico de la misma y en el vínculo que se establece entre el directivo público y la Administración (lo cual, dicho sea entre paréntesis, vuelve a plantear la duda de si no hubiese sido más acertado regular esta temática desde otro sector –y desde otras leyes– del ordenamiento Administrativo como pudieran serlo las referidas a la organización). Así las cosas, desde luego, la temática directiva se hallaría unida a la potestad que tienen las Administraciones Públicas para diseñar su propia estructura de un modo inexorable. Algo que, en última instancia, implica que la competencia básica estatal opera aquí de manera mucho más limitada a como lo hace en el terreno de la materia función pública «general».

Sin embargo, y a nuestro parecer, sería hipotizable *un enfoque distinto*. Un enfoque desde el que la función pública directiva sea contemplada *no sólo como un todo dentro de las clases de personal* sino como una labor-situación del empleado público específica y parcelable, susceptible, pues, de ser incardinada en distintos apartados del régimen básico de funcionarios. Con base en esta distinta lógica, en efecto, la temática directiva no estaría ya ligada sólo a las potestades de autoorganización de nuestras Administraciones –que también–, sino a otros elementos del estricto régimen de función pública (acceso, situaciones administrativas, retribuciones, etc.), con la consecuencia última de que respecto de esta temática operarían unas reglas de reparto competencial análogas a las «generales» en materia de función pública.

Adviértase, antes de continuar, que este distinto planteamiento se construye desde la lógica antes expuesta de Giannini y de la que se infiere que en la relación directiva existiría una componente objetiva (o de organización burocrática) y una componente subjetiva (esto es, de los aspectos atinentes a la relación de servicio de esta clase singular de personal). Y que, si esto es cierto y al menos en lo que atañe a la componente subjetiva (o de relación de servicio) del personal directivo, *la competencia básica estatal operaría con similar alcance y extensión a como lo hace en el ámbito de la función pública «general»*, permitiendo que el legislador básico «apurase» más esta opción y ejerciese, con mayor intensidad, sus títulos competenciales en la materia (artículos 149.1.18^a y 149.1.7^a en relación con al artículo 103.3 de la CE).

Se opinará, de contrario, que esta postura no puede sostenerse en el Estado autonómico actual y, menos aún, en el caso de Cataluña, donde –como ya se ha dicho– su artículo 150, letra a) otorga la competencia exclusiva de la *Generalitat* para regular a sus directivos públicos. Sin embargo y a nuestro parecer, ni tan siquiera esta previsión del Estatuto catalán excluiría del todo la tesis que acabamos de exponer. Y ello porque, si bien es cierto que el artículo 150 letra

a) del Estatuto de Cataluña atribuye la competencia exclusiva sobre la regulación de directivos a la *Generalitat*, no lo es menos que dicho precepto se inscribe en el título «Organización de la Administración...», lo cual no hace sino refrendar la lógica antes explicada; esto es, que este artículo alude tan sólo a la componente objetiva de la relación directiva. Sin embargo y por el contrario, la componente subjetiva de aquella relación –la cual habría aún que establecer– podría entenderse excluida del ámbito de aplicación del artículo 150 letra a), para reubicarse en el artículo 136 de la norma fundamental catalana («Función pública y personal»). Resultando así, que la tesis antes postulada no perdería su valor, ni tan siquiera en el caso catalán, donde la competencia estatal en lo que concierne a los funcionarios directivos subsistiría, consintiendo al legislador del Estatuto Básico una capacidad de maniobra y regulatoria mucho mayor.

Somos perfectamente conscientes, desde luego, que esta segunda tesis «alternativa» que venimos a sugerir y a articular no es más que eso: una sugerencia y una mera hipótesis de laboratorio. Pero, no obstante, recordemos que ésta era desde el comienzo una de las intenciones de este estudio: poner de relieve que tal vez, y de acuerdo a otros distintos puntos de vista, la tesis mayoritaria en cuanto al orden de distribución de competencias en la materia directiva no sería del todo incontrovertible; y, así también, que el legislador de empleo público estatutario bien pudiera haber errado el tiro al tratar de justificar la previsión contenida en el artículo 13 primer párrafo del EBEP acudiendo a dicha tesis.

4. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

Expuestas hasta aquí tesis y antítesis, argumentos y contra-argumentos, en relación con el contenido del artículo 13 primer párrafo del EBEP, cabe concluir, de una parte, *que este precepto contiene dos previsiones sumamente trascendentes y en apariencia claras*, a saber: *a)* que son *los ejecutivos* (Gobierno del Estado y Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas), y no sus correspondientes legisladores, los llamados en principio a establecer el régimen del nuevo personal directivo profesional (dejando clara la no existencia de «reserva reglamentaria» en este punto); y *b)* que este llamamiento lo es a título *meramente facultativo*, por lo que aquellos Gobiernos no están obligados por el legislador del Estatuto Básico a instituir dicho régimen (de hecho, y atendidas razones históricas, de mera oportunidad política, así como los borradores de proyectos y anteproyectos autonómicos de las leyes de desarrollo del EBEP en tramitación, no será fácil que así sea).

En segundo término, cabe entender demostrado que *la aparente nitidez de estas trascendentales previsiones del artículo 13 del EBEP, en su primer párrafo, son sólo eso: pura apariencia*, pues, tanto la atribución a los ejecutivos –y no a los legisladores– estatal y autonómicos del establecimiento del régimen del personal directivo profesional, amén del carácter meramente facultativo de la misma y, por ende, de los motivos y razones que los justifican (mayor flexi-

bilidad y capacidad de adaptación a la realidad administrativa, carácter de «norma de mínimos» del EBEP y régimen de reparto de competencias en la materia), resultan cuando menos *enigmáticos* e incluso *discutibles*; al menos, si tomamos en consideración otros argumentos y teorías (exceso de remisión reglamentaria, reserva de ley-deslegalización, una diferente lectura del concepto de «norma de mínimos» y del régimen de reparto competencial) diversos a los barajados por el legislador del Estatuto Básico. Tanto es así que, a nuestro juicio, aquellas que aquí hemos llamado: «opción gubernativa» y «opción facultativa» contenidas en el artículo 13 primer párrafo el EBEP, bien pudieran ser objeto de reproche.

Más aún: estas postreras conclusiones dan pie a toda una serie de incógnitas y preguntas que, llegado el caso, bien pudieran dar lugar a un eventual árbol de toma de decisiones en la materia. En efecto, las reflexiones críticas que aquí se han formulado respecto de las previsiones del primer párrafo del artículo 13 del EBEP y, en particular, de la atribución potestativa a los Gobiernos estatal y autonómicos del establecimiento de un régimen específico del personal directivo, nos llevan a preguntarnos: ¿qué harán finalmente los Ejecutivos? Esto es, ¿optarán o no por establecer un régimen de directivos? Y, si así fuere, ¿lo instituirán a través de reglamentos –a lo que parece invitar el EBEP– o, por el contrario, aspirarán a una solución de rango legal (nunca excluible)? De hecho, y cuando del Estado se trate, ¿habrá de tener aquella norma carácter básico o debe interpretarse que lo básico se agota en el EBEP? Por el contrario, y si la opción barajada es la reglamentaria, ¿sería deseable una articulación de regímenes jurídicos de personal directivo diferenciados o sería más prudente instaurar un régimen tendencialmente análogo? Y, en fin, el establecimiento del régimen de directivos, ¿es asunto que atañe a la organización o al sistema empleo público, con las implicaciones competenciales que una y otra postura conllevarían?

Incógnitas, pues, y más incógnitas que, no obstante y adecuadamente ordenadas, podrían transformarse en elementos destacados *de un eventual árbol de toma de decisiones* en materia directiva. Un árbol que consentiría –en principio a los Gobiernos y en su caso a los legisladores– establecer un modelo de predicción que permitiese dar respuesta a algunos de los interrogantes que acabamos de apuntar. Un modelo y un árbol, en fin, que escapan al conocimiento y a la ciencia (jurídico-administrativa) que aquí nos ocupan y que, en su consecuencia, no nos atrevemos a bosquejar, pero del que sí nos aventuramos a suponer que su raíz más profunda y básica se hallaría enterrada en una opción primera y elemental a resolver por los ejecutivos estatal y autonómico, a saber: ¿*regulo o no regulo*? Dicho de otro modo, ¿establezco o no establezco un régimen específico del personal directivo profesional? Una opción-raíz a la que seguirían aquella serie de cuestiones y sub-cuestiones que ya antes hemos apuntado (si regulo, ¿cómo lo hago?, ¿desde la organización o desde el empleo público?, ¿a través de una ley o de la norma reglamentaria?, etc.), hasta llegar a las últimas «hojas» del árbol decisional.

Y es ésta, cabalmente, la ímproba tarea que incumbe acometer a los ejecutivos estatal y autonómico en los próximos meses (o años). Ejecutivos que, sin duda alguna, disponen de los medios (presupuestarios, personales y materiales) necesarios para ponerse manos a la obra y a los que, modestamente, esperamos haber ayudado desde estas páginas formulando estas breves reflexiones críticas en torno al artículo 13, primer párrafo, del EBEP. Es responsabilidad suya, en fin, evitar que se verifiquen las palabras de Catalá Polo a este respecto e impedir que se pierda: «...una vez más, la ocasión de ordenar de manera ambiciosa una de las piezas clave del marco jurídico de los empleados públicos...»⁴².

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ RICO, M., «La potestad organizatoria de las Comunidades Autónomas», en *RAP*, núm. 10, septiembre-diciembre, 1984, pp. 133 a 166.
- CANALES ALIENDE, J. M., «El directivo público», en *AA*, núm. 7/ 12-18, Doctrina, febrero, 1996, pp. 151 a 161.
- CANALES ALIENDE, J. M., «Las Administraciones Autonómicas en España: ¿imitación o innovación?», en *GAPP*, núm. 7-8, septiembre 1996/abril 1997, pp. 139 a 142.
- CANTERO MARTÍNEZ, J., *El empleo público: entre estatuto funcional y contrato laboral*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2001.
- LÓPEZ BENITEZ, M., CANTERO MARTÍNEZ, J. y PUERTA SEGUIDO, F., «Estructura de empleo público y clases de empleados públicos», en Castillo Blanco, F. A. (Dir.) y Quesada Lumbreras, J.E. (Coord.), *Manual de Empleo Público*, Edit. Iustel, Madrid, 2009, pp. 89 a 195.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L., «Sobre la potestad autonómica de autoorganización», en *REDA*, núm. 71, 1991, pp. 317 a 332.
- CATALÁ POLO, R., «Directivos públicos», en *PGP*, núm. 41 (4-2005), pp. 211 a 225.
- FONDEVILA ANTOLÍN, J., «Reflexiones en torno al informe para la preparación de un Estatuto Básico del Empleado Público: especial referencia a la propuesta de reducción del contenido y alcance de lo básico», en *REALA*, núm. 298-299, mayo-diciembre, 2005, pp. 169 a 225.
- FUENTETAJA PASTOR, J.A., «El Estatuto Básico del empleado público», en *RAP*, núm. 147, 2007, pp. 457 a 499.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T-R., *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, 12ª ed., Edit. Thomson-Civitas, Madrid, 2004 (reimpresión de 2005), pp. 238 y ss.

⁴² Cfr., CATALÀ POLO, R., «Directivos Públicos...», ob. cit., p. 225.

- GIANNINI, M. S., «Impiego pubblico (teoria e storia)», en VV. AA., *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XX, Edit. Giuffrè, Milán, 1970, pp. 293 a 305.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., «El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Función Pública», en *RVAP*, núm. 69 (I), 2004, pp. 129 a 159.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., «Funciones directivas y modernización de las administraciones públicas», en *RVAP*, núm. 45-II, 1996, pp. 117 a 129.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., «Políticos, directivos y empleados públicos: problemática de la dirección pública en la Administración local», en Castillo Blanco, F. (Coord.), *Situación actual y tendencias de la función pública española*, Edit. Comares, Granada, 1998, pp. 133 a 155.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., *Altos cargos y directivos públicos. Un estudio sobre las relaciones entre política y administración en España*, 2ª ed., Edit. IVAP, Oñati, 1998.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., *Altos cargos y directivos públicos. Un estudio sobre las relaciones entre política y administración en España*, Edit. IVAP, Oñati, 1996.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., *Directivos públicos*, Edit. IVAP, Oñati, 2006.
- LINDE PANIAGUA, E. (Dir.), *El Estatuto Básico del Empleado Público y su Desarrollo por el Estado y las Comunidades Autónomas*, Edit. Colex, Madrid, 2008.
- LORENZO DE MEMBIELA, J. B., «Análisis sucinto del Estatuto Básico del Empleado Público, Ley 7/2007, de 13 de abril», en *AJA*, núm. 73, 2007 [documento en línea]. Disponible en Internet desde: <<http://www.westlaw.es>> [con acceso el 15-05-2008].
- MAESO SECO, L. F., «El personal directivo: comentarios al artículo 13 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público», en ORTEGA ÁLVAREZ, L., *Estatuto Básico del Empleado Público*, Edit. La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2008, pp.107 a 174.
- MARINA JALVO, B., «Consideraciones sobre el Informe para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público», en *JA*, núm. 29, octubre, 2005, pp. 5 a 56.
- NIETO, A., «Las experiencias de modernización en España», en *RVAP*, núm. 45-II, 1996, pp. 63 a 74.
- NIETO, A., *Crítica de la Razón Jurídica*, Edit. Trotta, 2007, p. 23.
- NIETO, A., *El desgobierno de lo público*, Edit. Ariel, Barcelona, 2008.
- NIETO, A., *La «nueva» organización del desgobierno*, Edit. Ariel, Barcelona, 1996.

- NIETO, A., *La burocracia. El pensamiento burocrático*, Edit. Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976.
- NIETO, A., *La organización del desgobierno*, 3ª ed., Edit. Ariel, Barcelona, 1987.
- OLÍAS DE LIMA, B. (Coord.), *La gestión de recursos humanos en las Administraciones públicas*, Edit. Complutense, Madrid, 1995.
- OLÍAS DE LIMA, B., *Manual de organización administrativa del Estado*, Edit. Síntesis, Madrid, 2006.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L. (Dir.), *Estatuto Básico del Empleado Público*, Edit. La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2008.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L., «El proceso de modernización administrativa contenido en la LOFAGE», en *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 7-8, septiembre 1996 - abril 1997, pp. 87 a 94.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L., «La modernización de las Administraciones Públicas», en *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 5-6, enero-agosto, 1996, pp. 17 a 22.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L., «La nueva Ley española de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado», en *Documentación Administrativa* núm. 246-247, septiembre 1996-abril 1997, pp. 259 a 274.
- PALOMAR OLMEDA, A. y Miguel Pajuelo, F. De., *El nuevo papel de la Administración General del Estado*, Edit. Dykinson, Madrid, 2004.
- PALOMAR OLMEDA, A., «El modelo de directivos públicos en la Administración General del Estado (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2005)», en *AJA*, año. XVI, núm. 700, 9 de marzo de 2006, pp. 8 a 10.
- PALOMAR OLMEDA, A., «La incidencia de las nuevas reformas legislativas en la redefinición del Estatuto de los Funcionarios Públicos», en *RAP*, núm. 134, mayo-agosto, 1994, pp. 381 a 423.
- PALOMAR OLMEDA, A., «Pautas para el diseño de un estatuto directivo público para las administraciones convencionales», en *RVAP*, núm. 72, mayo-agosto, 2005, pp. 195 a 229.
- PALOMAR OLMEDA, A., «Potestad organizatoria y directivos públicos», en *AJA*, núm. 531 de 2002, pp. 1 a 4.
- PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, 8ª ed., Edit. Dykinson, 2009.
- PALOMAR OLMEDA, A., *El sistema de carrera y su aplicación a los cuerpos superiores de la Administración*, Edit. Dykinson, Madrid, 2002.

- PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho del empleo público. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2007.
- PAREJO ALFONSO, L., «Límites del desarrollo del Estatuto por las Comunidades Autónomas», en VV. AA., *El Estatuto de la Función Pública a debate*, Edit. Colex, Madrid, 2003, pp. 33 a 48.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2007.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., «Consideraciones generales sobre el Estatuto Básico del Empleado Público», en *JA*, núm. 36, julio, 2007, pp. 5 a 23.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, 4ª ed., Edit. Tecnos, Madrid, 2008,
- SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la Función Pública*, 5ª ed., Edit. Tecnos, Madrid, 2008.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General*, Vol. I., Edit. Iustel, Madrid, 2004.
- VILLORIA MENDIETA, M. Y PINO MATUTE, E., *Manual de gestión de recursos humanos en las Administraciones Públicas*, 3ª ed., Edit. Tecnos, Madrid, 2010.
- VILLORIA MENDIETA, M., «La capacitación de los directivos públicos en las administraciones españolas y latinoamericanas», en *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, núm. 21, octubre, 2001, pp. 1 a 21.
- VV. AA., *Estatuto Básico del Empleado Público: Informe de la Comisión abril de 2005*, Edit. INAP, Madrid, 2005, p. 68.

LOS DIRECTIVOS PÚBLICOS PROFESIONALES (DPP) EN LA AGE (ORIGEN, UBICACIÓN, FUNCIONES, PERFIL, PROFESIONALIZACIÓN Y CAMBIO)

D. MIKEL GORRITI BONTIGUI
Responsable de Recursos Humanos
Dirección de Función Pública
Gobierno Vasco

SUMARIO: 1. Origen del Directivo Público Profesional. 1.1. El origen de la burocracia. 1.2. La crisis de la burocracia y el nacimiento del modelo de Servicio Público. 1.3. La Constitución, el EBEP, la Ley de Agencias y La LOFAGE como legitimidad del DPP en la AGE. 1.4. La Institucionalización del DPP. 1.5. El DPP como agente y síntoma del cambio. **2. Ubicación del DPP en la organización.** 2.1. Topografía organizativa. 2.2. Usurpación y colonización. 2.3. Criterios para la identificación de puestos de DPP. **3. Funciones del DPP. 4. Predicción del DPP. Perfil del DPP.** 4.1. Conocimientos necesarios para la predicción del DPP. 4.2. Aptitudes. 4.3. Destrezas. 4.4. Personalidad. **5. Profesionalización del acceso, del ejercicio y del cese. 6. El DPP en la Administración General del Estado (AGE). Gestión del Cambio. 7. Definición del Directivo Público Profesional.**

1. ORIGEN DEL DIRECTIVO PÚBLICO PROFESIONAL

1.1. El origen de la burocracia

Existe administración por el hecho de que hay servicios que no se pueden prestar por el mercado y es el Estado el que debe garantizar la prestación de los mismos a la ciudadanía más allá de su eficiencia económica o capacidad de negocio. La Administración presta los servicios que responden a valores sociales, de interés público y a la voluntad política de quien ejerce el poder (Villoria, 2009). Según Parejo Alfonso (2003), las Administraciones Públicas son sujetos configuradores de las colectividades a las que sirven. Esta configuración la hacen mediante la elaboración, implantación y administración de una legalidad que regula esta relación.

El modelo weberiano de administración pública establece dos grandes protagonistas de la organización pública: los políticos, legitimados por las urnas, y los funcionarios, legitimados por el mérito (Longo, 1999). Es necesaria esta separación de actores porque la política es desordenada, competitiva y carente de una estructura de mando y necesita del orden, la regularidad y del conocimiento técnico de los funcionarios para asegurar la consecución de los objetivos enunciados por los políticos (Villoria, 2009). Además, la consolidación de las sociedades modernas que exigieron para su permanencia y asentamiento seguridad jurídica, racionalización, progreso técnico y científico, dio origen a

la burocracia. El modelo weberiano consolidó una administración cuya finalidad era la aplicación sistemática y detallada de la ley; el medio de convertir lo políticamente democrático en administrativamente posible mediante la razón y el contenido técnico. La norma garantizaba la igualdad en el servicio para todos los ciudadanos, los cuales a su vez debían cumplirla. Este sometimiento a la Ley y la diferenciación y jerarquía entre los dos roles principales es lo que caracteriza este modelo de administración pública, que ha evolucionado a un modelo garantista hacia fuera (igualdad de trato al administrado) y hacia adentro (garantía del puesto de trabajo), que en sus peores versiones ha llevado a valorar más la norma que la constatación o predicción de eficacia en el desempeño de las tareas.

1.2. La crisis del modelo burocrático

La evolución del estado moderno hacia un estado social, prestador de servicios y de bienestar, origina la crisis del modelo burocrático. Cuando los gobiernos asumieron como uno de sus cometidos la directa prestación de servicios públicos, aumentó la dimensión «empresarial» de su actuación, variando su criterio de éxito desde el exclusivo cumplimiento de la legalidad a la eficacia en la satisfacción de las necesidades que encarnaban dichos servicios. Dicho estado del bienestar se expandió por intereses de los dos agentes implicados en el modelo burocrático: los políticos, que dentro de la batalla electoral ofrecían más servicios generando mayor demanda social, y por los funcionarios, que con su capacidad técnica ganaban el protagonismo técnico en la satisfacción de las necesidades directas de la ciudadanía (Longo, 1999).

La expansión y diversidad de los servicios resultantes de esta oferta electoral y de la búsqueda de reconocimiento de los técnicos hizo aumentar la complejidad de la respuesta de la administración y el costo de dicha prestación. Fue precisamente este aumento del costo lo que exigió la aparición de la figura del Directivo Público Profesional (DPP) para racionalizar económicamente esta respuesta. Fue el afán de eficiencia el que realmente provocó la necesidad de contar con profesionales que pudieran gestionar los servicios bajo el principio de máximo valor con poco dinero (Longo, 1999 y 2005). Esto ocurrió en la crisis financiera de los 70 y dio un evidente sesgo de racionalidad económica a la nueva administración, relativizando la importancia de sólo cumplir la ley. Pero la actual complejidad de una sociedad en constante cambio, la irrupción de las tecnologías de la información y la comunicación, la globalidad de los servicios, etc., suma al valor de la eficiencia el de la eficacia por diversidad, inmediatez y trascendencia social. Si la esencia de profesionalidad del DPP se basaba en la gestión económica, hoy hay que sumarle la eficacia como criterio de éxito al tener que satisfacer necesidades más complejas de los administrados.

Estas características de eficiencia en la gestión, eficacia en el desempeño, control de resultados y evaluación de objetivos previamente fijados, añadidas al

cumplimiento de la legalidad, son las que caracterizan el modelo de Servicio Público, en el que el último criterio es la satisfacción de las necesidades de los administrados, legítimamente establecidas por la Ley.

1.3. La Constitución, la LOFAGE, la Ley de Agencias y el EBEP, como legitimadoras del Modelo de Servicio Público y del DPP en la AGE¹

Existen leyes vigentes que refrendan el modelo del Servicio Público y la propia figura del Directivo Profesional. La primera es la Constitución Española (CE) que, en su art. 103.1., establece que la actuación pública se guiará, entre otros, por los principios de servicio, objetividad, eficacia y coordinación. En este mismo artículo se consagra no sólo el principio de legalidad administrativa sino también su carácter instrumental al servicio de los intereses generales. Asimismo, el art. 31.2. suma a los anteriores los de eficiencia y economía en el gasto público, lo cual corrobora no sólo el modelo sino la propia necesidad de la figura del DPP por la necesidad de gestión económica (Cantero, 2009).

La Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), en el punto III de la Exposición de Motivos, establece que el servicio a los ciudadanos exige que la estructura y la planta de la administración se ajusten a la realidad social, y afirma que los ciudadanos tienen derecho a recibir servicios públicos de calidad. Que los titulares de los diferentes órganos administrativos son gestores de intereses ajenos por lo que deben rendir cuentas de su gestión. Y en el punto IV de dicha exposición de motivos afirma que, además del principio de legalidad de la actividad administrativa, es necesario el principio de eficacia, que el funcionamiento de la maquinaria administrativa estatal debe adecuarse a la gestión por objetivos y a la calidad como forma ordinaria de prestación de servicios.

La Ley de Agencias en su art. 23 regula la figura del Personal Directivo. Aunque no dice cuáles son las funciones de esta figura, indirectamente se reconoce el refrendo del modelo de Servicio Público ya que establece que este personal deberá ser nombrado y cesado en función de su competencia profesional y experiencia, y mediante órganos especializados. Asimismo establece que este personal deberá ser evaluado con arreglo a criterios de eficacia, eficiencia y cumplimiento de la legalidad, responsabilidad por su gestión y control de resultados que le hayan sido previamente fijados. La mayoría de los rasgos distintivos del modelo de servicio público quedan recogidos aquí.

Por último, es el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) el que además de reconocer el modelo, por primera vez, regula al Personal Directivo en su art. 13, añadiendo la calificación de *profesional* a esta figura. Además, a lo

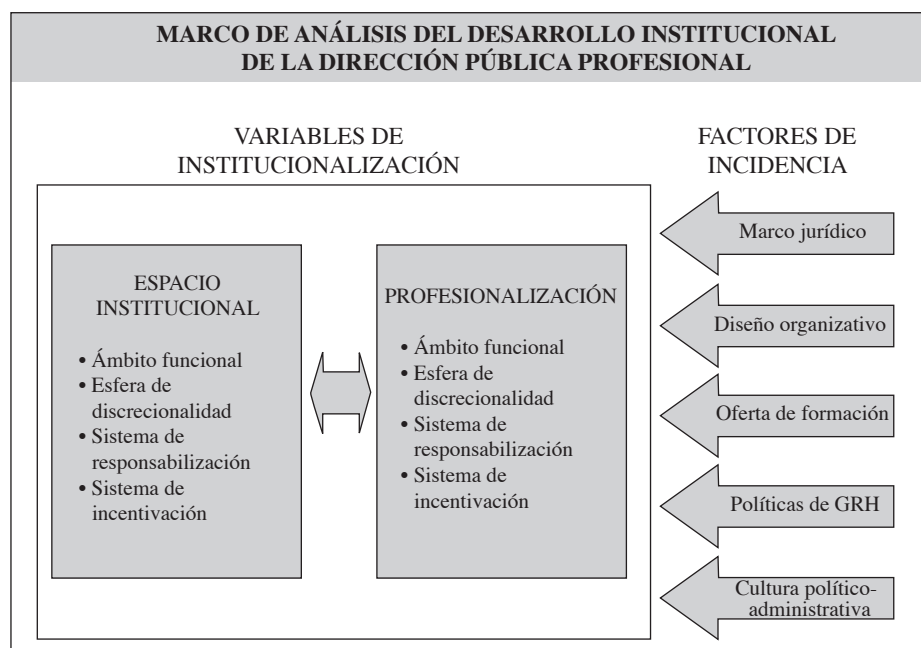
¹ No se citan a este respecto las normas referidas a la Administración Local. Interesados mirar: «El Personal Directivo en la Administración Local». JIMÉNEZ ASENSIO, 2009.

ya expuesto en la Ley de Agencias, el EBEP añade el criterio de idoneidad en su forma de provisión.

Se puede afirmar, por tanto, que la legalidad vigente reconoce a la Administración General Española como post-burocrática, en la que el desempeño eficaz, la gestión económica eficiente, el uso racional de los recursos, el control de resultados predeterminados mediante la evaluación de servicios complejos, diversos y coordinados, cuyo criterio último de éxito es la satisfacción de las necesidades de los administrados, es una exigencia legal, y uno de sus principales agentes el Directivo Público Profesional.

1.4. La institucionalización del Directivo Público Profesional

Una de las condiciones para que la figura del DPP tenga efectos reales es su institucionalización. Siguiendo a Longo (2005), se exponen a continuación cuáles son las actuaciones que la AGE debe llevar a cabo para implantar esta figura.



Fuente: Francisco Longo, 2005

Longo distingue entre variables de institucionalización y factores de incidencia. Dentro de las variables de institucionalización distingue dos categorías de variables: las referidas al espacio institucional y las referidas a la profesionalización. Los factores de incidencia se refieren a qué aspectos catalizan la institucionalización de esta figura.

- *Ámbito Funcional.* Se refiere a qué funciones debe ejercer el DPP diferentes a las del Directivo Político y a las del funcionario. Un espacio con contenidos de responsabilidad distintos e identificatorios de esta figura. A este respecto parece necesaria la realización de una investigación empírica que, mediante trabajos de campo, permita identificar qué comportamientos laborales y qué responsabilidades son diferenciales y singulares del DPP, de manera que se pueda determinar si dicha figura existe ya, en dónde, y qué tareas les son propias. Su identificación permitiría determinar qué puestos son o pueden ser DPP en la AGE.
- *Discrecionalidad.* A juicio de este autor, la institucionalización del DPP va ligada, necesariamente, a la potestad de decidir y actuar en relación a recursos humanos, materiales y a aspectos organizativos que deben serle provistos. Un DPP sin este poder es baldío, inocuo y no responde a su naturaleza de mando con necesaria influencia y poder.
- *Responsabilidad.* El DPP debe responder de sus actos, de sus compromisos y de sus resultados ante sus superiores políticos y ante los clientes directos de sus actividades.
- *Incentivación.* No es posible institucionalizar la figura del DPP sin que las malas ejecuciones tengan consecuencias negativas y las buenas positivas. Sólo castigar lleva a actuar evitando errores, y sólo premiar a relajar la exigencia. Sin reconocimiento no se pueden fijar los comportamientos laborales exigidos por el ámbito funcional delimitado.

Para Longo, profesionalizar la figura del directivo es la resultante de una serie de actuaciones estratégicas por parte de quienes decidan implantar esta figura.

- *Núcleo de conocimientos.* Debe existir un *corpus* de saber específico de esta figura que bien podría identificarse con el «management público», con los conocimientos y destrezas propios de la gestión empresarial, pero matizados y adaptados a la Administración Pública.
- *Acceso.* Tal y como hemos visto en las referencias legales arriba citadas y en muchos autores (Jiménez Asensio, 2009; Catalá, 2005; Maeso Seco, 2009; Cantero, 2009; Gorriti, 2009, etc.), uno de los rasgos culturales distintivos de la implantación de la figura del DPP es medir la capacidad, mérito e idoneidad de los aspirantes o susceptibles de desempeñar esta figura. Medida que puede hacerse desde dos corolarios: «porque tiene hará» (planteamiento del rasgo), y «porque hizo hará», en donde se valora la experiencia previa en puestos directivos.
- *Formación.* Más allá de lo comentado arriba, este aspecto se refiere a que la institucionalización del DPP exige establecer la formación en habilidades y herramientas directivas como una condición para el acceso y no tanto como una oferta, de suerte que no podrá ser DPP quien no acredite dichas competencias mediante un curso gestionado por alguna institución, en el caso de la AGE por el INAP o institución que él reconozca.

- *Base Asociativa.* A juicio de Longo, el hecho de que personas con responsabilidades comunes en el ámbito de la gestión y en el campo de lo público tomen conciencia de clase es bueno para la institucionalización de la figura y la AGE debería fomentarlo. Los valores del servicio público en tanto que dimensión ideológica son, a juicio de este autor, un elemento primordial para la creación de dicha base asociativa.
- *Sistema de valores profesionales.* Un *ethos* específico de la Dirección Pública Profesional que se caracterizaría, principalmente, por la racionalidad económica; por conseguir el máximo valor público posible mediante la utilización eficiente de los recursos asignados. Esta identidad axiológica, además, protege al DPP de la ingerencia política por ser un campo objetivo de responsabilidad.

De los Factores de Incidencia y para no ser reiterativos con lo ya expuesto, destacamos primero el Marco Jurídico. A juicio de este autor, implantar esta figura lleva aparejada la elaboración de un núcleo normativo propio. En esta misma línea se han manifestado distintos autores, concretamente Jiménez Asensio (2009) aboga por la aprobación de un estatuto específico del Directivo Público Profesional. Segundo, el Diseño Organizativo parece inevitable en la AGE; la LOFAGE establece dos niveles de Dirección Política (Órganos Superiores): Ministros y Secretarios de Estado, y tres niveles de Directivo Público: Subsecretarios y Secretarios Generales, Secretarios Generales Técnicos y Directores Generales, y los Subdirectores. Es coherente la necesidad de intervenir en una Administración que tiene un modelo burocrático y gestor que ya ha dejado de serlo (Informe AGE, 2007). Por último y para comprender la magnitud del cambio cultural necesario para implantar esta figura, parafraseamos a Longo cuando describe la Administración burocrática: «Nos referimos sobre todo a los que orientan la conducta al cumplimiento de normas más que a la producción de resultados, a los que penalizan el riesgo y la innovación, a los que tienden a llenar los procedimientos de controles de regularidad sin medir casi nunca sus costes, y en general a todos aquellos que se fundamentan en una visión formalista de la Administración Pública, más que en una preocupación por la eficacia y eficiencia de su funcionamiento» (Longo, 2005, p. 17).

2. UBICACIÓN DEL DPP EN LA ORGANIZACIÓN

Distintos autores hablan de la naturaleza organizativa del DPP, de ser éste una decisión que determina un rol concreto y un puesto de trabajo, más que una clase de personal (Cantero, 2009; Jiménez Asensio, 2009). Que así sea implica la necesidad de una topografía de este puesto y la necesidad de diferenciar los criterios con los que linda por arriba y por abajo con aquellos puestos a los que media. Esta naturaleza mediadora también ha sido recogida por distintos autores (Catalá, 2005; Villoria, 2009).

2.1. Topografía organizativa del DPP

El puesto del DPP en la AGE se debe situar entre el Directivo Estratégico o político, (Órganos Superiores según la LOFAGE) y los puestos de funcionario o puestos técnicos. En un acercamiento sencillo a los criterios de esta ubicación, el hecho diferencial del DPP por arriba es que no define la estrategia política, aunque este criterio debe matizarse desde el momento en que su actividad le convierte en un informador de lujo para los políticos, bien por su directa relación con las necesidades de los administrados, o por su capacidad para argumentar la viabilidad legal o técnica de las estrategias de éstos. Por abajo, la diferenciación está en el conocimiento técnico. Pero debe diferenciarse entre dos tipos de conocimiento técnico: el propio de la gestión pública y el técnico sectorial del ámbito que el DPP dirige. Es propio del DPP el conocimiento de gestión y no lo es el técnico sectorial, lo cual no quiere decir que no sea bueno que lo tenga; siempre es bueno tener criterio respecto de lo que hay que gestionar, la diferencia se hace por clarificar la distinta naturaleza técnica. Así, el DPP no debe entrar en la definición de la estrategia política, pero es muy probable y bueno que, mediante una colaboración inteligente (Longo, 2005), los resultados de gestionar estas estrategias y hacerlas factibles le hagan interlocutor privilegiado para matizarlas y orientarlas. Tampoco debe entrar en el campo de conocimiento de los técnicos que coordina, supervisa y controla, pero a ellos debe aportarles la prioridad y la practicidad que maten la lógica de sus distintas profesiones. Por último, este papel mediador también le obliga a hacer de filtro entre los dos estratos entre los que está ubicado, canalizando hacia arriba los determinismos de la técnica y explicando hacia abajo las prioridades de los políticos y la necesidad de cambio y retos, más allá del orden y certeza técnicas, asegurando la continuidad del sistema (Villoria, 2009). Un papel ordenador de la relación entre política y administración (Maeso Seco, 2006), entre la legitimidad democrática y la legitimidad burocrática de la razón (Jiménez Asensio, 2006). Hace falta que alguien garantice el servicio público y esto no siempre queda asegurado por saber hacer ni por la estrategia política.

2.2. Usurpación y colonización del espacio del DPP

En ausencia de la figura del DPP, ¿quién viene realizando las funciones que le son propias? Claramente los políticos mediante la usurpación y la colonización (Longo, 1999, 2005) y los funcionarios también tanto mediante la usurpación de este espacio como por extensión de sus jefaturas técnicas.

La usurpación de los políticos y los técnicos consiste básicamente en la auto-atribución de conocimientos y destrezas propias de la gestión y de la dirección de personas. En el caso de los políticos nombrados, este hecho lleva al amateurismo de la gestión pública (Jiménez Asensio, 2009) porque es verdad que la mayoría de los partidos políticos no forman a sus cargos en estos aspec-

tos de gestión. El puesto de DPP queda lesionado porque alguien que ha sido nombrado «a dedo» no es libre para poder tomar decisiones basadas en la racionalidad de la gestión. Este acto de libre nombramiento lesiona incluso la legitimidad de quienes, con capacidades de gestión, son así nombrados. Sólo la medida y la demostración de dichas capacidades es la que restaura dicha legitimidad.

En el caso de los técnicos que usurpan responsabilidades de gestión y dirección de equipos, el hecho ocurre por una concepción patrimonial de estos puestos como espacio natural de la carrera de los funcionarios, y más de los grandes cuerpos, lo cual ocurre por ser la única posibilidad de promocionar (Jiménez Asensio, 2009). A este respecto, la carrera horizontal, primariamente regulada por el EBEP, podría ser un principio de solución a este problema (Oliás de Lima, 2007), porque ser buen técnico no significa tener capacidades directivas.

La colonización del espacio del DPP por los políticos se caracteriza por la intencionalidad de los partidos de controlar la Administración cuya dirección adquiere tras un proceso electoral, lo cual es una exageración de un buen criterio como es el necesario control político de la administración, ya que no sería bueno que una administración fuese por libre poniendo en peligro la agenda gubernamental (Maeso Seco, 2006). La imparcialidad del DPP exige distanciamiento de la política sin menoscabo de la subordinación necesaria, pero ninguna de ellas debe maximizarse.

A juicio de Longo (1999), la colonización ocurre por la falta de institucionalización de mecanismos que aseguren una correcta selección de DPP. Este mismo autor describe los efectos perversos de la colonización:

«La metafísica de la confianza supone poner lealtad donde debiera haber liderazgo, afiliación donde debiera haber proyecto, precaria subordinación donde debiera haber colaboración inteligente. En el fondo, late un claro reconocimiento de la propia incapacidad para gobernar organizaciones complejas, en las que personas diferentes en sus orígenes, sus cualidades, sus motivaciones, cooperan para el logro de resultados, alrededor de una visión común. Es más fácil lograr el asentimiento de quien nos debe el cargo, que construir esa visión, y alinear a la organización en torno a ella. Quien dispensa y retira la confianza dispone del artefacto que permite convertir la autoridad formal en poder real, a falta de liderazgo. Es el modelo de la pequeña empresa familiar, trasladado al gobierno de organizaciones públicas y, lo que es peor, interiorizado frecuentemente como un paradigma» (Longo, 1999, pp. 12 y 13).

2.3. Criterios para la identificación de puestos de DPP

Como dice Maeso Seco (2006), no saber qué es un Directivo Público Profesional impide saber qué puestos lo son. A esta dificultad se añade el hecho

cargados de la gestión de recursos humanos o la seguridad vial, y lo serían de una dirección política los encargados de las relaciones institucionales, comunicación, etc.

3. FUNCIONES DEL DIRECTIVO PÚBLICO PROFESIONAL

Son varios los autores que han realizado algún esfuerzo por definir las principales responsabilidades del DPP, bien sea a modo de rol o por un listado de funciones. Un acercamiento conceptual es, una vez más, el de Longo (1999). Para él, el marco básico de responsabilidad del DPP es la dirección de organizaciones y procesos a través de los cuales se desarrolla la estrategia, se implementan las políticas y se producen servicios públicos. A su juicio, la gestión operativa es el elemento distintivo del DPP y su valor último la racionalidad económica.

Tal y como dijimos más arriba, el DPP es un rol mediador entre la política y la técnica. Catalá (2005) entiende esta mediación cuando el DPP transforma en proyectos concretos y gestiona los programas electorales y los objetivos políticos. A su juicio, esto implica cuatro funciones principales:

- Diagnosticar.
- Diseñar.
- Implantar.
- Evaluar.

Villoria (2009) da al DPP la función de formular estrategias y la dirección de equipos, para él la DPP empieza cuando en un puesto se dan tres actividades de gestión:

- Gestión presupuestaria.
- Gestión de personas.
- Gestión de instalaciones.

Jiménez Asensio (2009), al reflexionar sobre la complejidad del trabajo del DPP, cree que ésta nace de dos fuentes: 1. de la operativización de la estrategia política y 2. de la relación con el equipo necesario para conseguir los objetivos. La primera se concreta en que el DPP debe traducir la meta concretada en la estrategia política a una visión y a la fijación de objetivos con criterios de éxito, y a la gestión de los recursos presupuestarios, materiales y humanos necesarios para su consecución.

La LOFAGE, además de ser una referencia obligada por tratar del DPP en la AGE, concreta bastante las funciones de los DPP. Esta ley distingue como funciones «indelegables» de los órganos directivos: definición, ejecución, control y evaluación de políticas sectoriales. En su art. 3, consagra como principios de organización y funcionamiento los de:

- Economía, suficiencia, adecuación estricta de medios y fines (art. 3.1.d).
- Eficacia en el cumplimiento de objetivos (art.3.2. a).
- Eficacia en la asignación y utilización de recursos (art. 3.2.b).
- Control de la gestión y resultados (art. 3.2.c).
- Responsabilidad por la gestión pública (art. 3.2.d).
- Servicio efectivo a los ciudadanos (art. 3.2.f).
- Objetividad y transparencia de la actuación administrativa (art. 3.2.g).

En su art. 4, se refiere al diseño de procedimientos cuando insta a la mejora continua de los mismos. Y concreta las funciones del DPP cuando en su art. 15 se refiere a los Subsecretarios:

- Planificación de actividades.
- Control de la eficacia (evaluación).
- Inspección para la mejora, racionalización y simplificación de los métodos de trabajo.
- Diseño organizativo para la mejora del servicio.
- Elaboración, ejecución y seguimiento del presupuesto.
- Planificación de sistemas de comunicación y de información.
- Coordinación y representación con otros órganos ministeriales.
- Elaboración de proyectos para alcanzar objetivos. Dirigir su ejecución y controlar su cumplimiento.

La literatura técnica referida al liderazgo y la gestión concreta como responsabilidades de todo directivo tanto las referidas a la tarea como las referidas a las personas:

En relación con la tarea:

- Organización y planificación.
- Resolución de problemas.
- Aclaración y definición de roles.
- Coordinación y supervisión.
- Evaluación del rendimiento y consecución de objetivos.

En relación las personas:

- Comunicación.
- Establecer una red de relaciones.
- Motivar y conformar equipos.

- Representación, identidad y defensa.
- Evaluación del desempeño y gestión del reconocimiento.

Según esto, y lo expuesto más arriba, parece pertinente diferenciar tres tipos de funciones para el DPP: las responsabilidades que adquiere en relación con sus superiores políticos, las que adquiere en relación con sus quehaceres y las que adquiere con sus subordinados.

- Funciones del DPP en relación con sus superiores políticos:
 - Operativización de la estrategia política mediante el establecimiento de metas y elaboración de proyectos.
 - Análisis de viabilidad legal y presupuestaria de la estrategia política.
 - Informar de cambios en las necesidades de servicio público detectadas en relación con los administrados. Matización y mejora de la estrategia política.
 - Mediación entre políticos y técnicos. Matización técnica de las estrategias y prioridades políticas.
- Funciones del DPP en relación con la tarea:
 - Diseño organizativo para la mejora del servicio. Aclaración de roles y definición de funciones de sus subordinados.
 - Planificación, organización, establecimiento de objetivos y asignación de recursos.
 - Gestión de recursos e instalaciones.
 - Elaboración, ejecución y seguimiento del presupuesto.
 - Dirección de la ejecución de proyectos y control de su cumplimiento.
 - Inspección para la mejora, racionalización y simplificación de los métodos de trabajo. Diseño de procesos.
 - Evaluación del rendimiento. Consecución de objetivos del grupo.
 - Planificación de sistemas de comunicación y de información.
 - Coordinación y representación con otros órganos ministeriales. Resolución de problemas y conflictos entre unidades administrativas.
- Funciones del DPP en relación con sus subordinados:
 - Establecimiento de cauces formales y personales de comunicación con sus subordinados.
 - Establecer una amplia red de relaciones en el ámbito de su competencia.
 - Motivación y conformación de equipos. Gestión de la formación de sus subordinados.
 - Representación, identidad y defensa del equipo y sus miembros.

- Evaluación del desempeño individual y gestión del reconocimiento.
- Gestión de conflictos entre personas.

4. PREDICCIÓN DEL DPP. PERFIL DEL DPP

La razón principal por la que se pretende establecer un perfil del DPP o explorar su experiencia previa es porque se pretende saber cuáles son los elementos con los que poder predecir que alguien puede desempeñar con éxito las tareas necesarias para satisfacer las responsabilidades enunciadas por las funciones arriba descritas. Esta predicción se puede hacer desde dos tipos de información que, a su vez, obedecen a dos corolarios: 1. «Porque tiene, hará», 2. «Porque ha hecho, hará». Cada uno de estos modelos solicita en el proceso selectivo información distinta de los candidatos. El primero es el que se conoce como el enfoque del rasgo y quiere conocer aspectos relacionados con la persona; conocer su perfil.

Un perfil está compuesto por cuatro variables predicables de la persona (Primoff, 1975): Los conocimientos (saber), las destrezas (saber hacer), las aptitudes (poder) y la personalidad (querer).

4.1. Conocimientos necesarios para la predicción del DPP

Cuando hablamos de conocimientos nos referimos a los contenidos verbales, declarativos y memorizables que, en sistema, forman el marco de referencia que todo DPP debe tener y demostrar que tiene. Éstos se adquieren por el estudio o por la reflexión de los resultados positivos y negativos del desempeño de las tareas del DPP. Son, o deberían ser, los contenidos formativos de cualquier curso de formación de Directivos Públicos Profesionales; los determinantes para poder lidiar con la complejidad del DPP (Jiménez Asensio, 2006). Distintos autores han concretado estos contenidos:

Villoria (2009):

- Visión estratégica.
- Gestión de recursos humanos.
- Desarrollo de programas y evaluación de los mismos.
- Gestión y planificación de recursos económicos y financieros.
- Relaciones y representación.
- Economía pública y presupuestos.
- Tecnologías de la información.
- Análisis organizativo y diseño de estructuras y procesos.
- Marketing público.

- Análisis y evaluación de políticas públicas.
- Gestión del cambio.

Longo (2005):

- Planificación estratégica.
- Control financiero.
- Diseño de estructuras organizativas.
- Marketing.
- Gestión de Recursos Humanos.

Y todo ello matizado por la idiosincrasia de lo público: conexión con lo político, naturaleza no técnica de muchos problemas, metas ambiciosas de los que diseñan la estrategia, naturaleza multi-organizativa de la gestión, dificultad de evaluar resultados, etc.

Se echa de menos en ambos autores contenidos referidos a la evaluación del desempeño, la gestión de conflictos y la negociación.

En relación con las responsabilidades que el DPP adquiere en relación con las personas, la formación en liderazgo parece esencial. Avolio, Sosik, Jung y Berson (2003) concretaron una serie de contenidos básicos que todo líder debe aprender:

- Cómo relacionarse. Comunicación.
- Cómo coordinar esfuerzos. Crear equipo. Identidad y representación.
- Cómo construir compromisos. Motivar.
- Cómo construir redes sociales. Referencia en el ámbito.
- Cómo aplicar el autoconocimiento a los imperativos sociales. Autocontrol, comportamiento ético y prevención.

También se echa de menos en estos autores contenidos referidos a la gestión del reconocimiento y a la gestión de conflictos.

Como dice Catalá (2005), todos estos conocimientos revelan la naturaleza directiva del DPP y cómo estos conocimientos no se adquieren por una mera profundización en los conocimientos técnicos sectoriales, por lo que un conocimiento exhaustivo y especializado no asegura la posesión de estos conocimientos ni es la evolución natural de aquéllos.

4.2. Aptitudes

El único trabajo encontrado que se refiere a las aptitudes es el de Yukl y Van Fleet (1994), en el que se cita la capacidad analítica (inteligencia), la expresión verbal y la memoria para los detalles como predictoras de conductas de liderazgo. Se sabe que la inteligencia es la principal aptitud para predecir el desempe-

ño de cualquier trabajo y en cualquier cultura y también que a mayor complejidad del puesto más importante es la inteligencia (Schmidt & Hunter, 1998; Salgado, Anderson, Moscoso, Bertua, De Fruyt & Rolland, 2003b; Ones, Viswesvaran y Dilchert, 2005). Ya que los puestos de directivo se entienden como complejos, a la luz de las variables que tienen que controlar y del contexto político-administrativo en el que ejercen las funciones y la poca estabilidad del mismo, se entiende que la inteligencia es uno de los factores claves de predicción del DPP. Sin embargo, esto no nos debe llevar a la conclusión de que ésta debe ser medida directamente para la selección de este puesto. La mayor parte de los que optan a los puestos de DPP son personas que provienen de puestos en los que o bien han ejercido previamente funciones directivas (no funcionarios) o cuando menos complejas (funcionarios). Este hecho es en sí mismo una selección porque haber llegado a ser candidato al puesto de DPP se hace entre los que ya han sido medidos en esta aptitud previamente por su propio trabajo. Sí sería pertinente medirla si los candidatos fuesen desconocidos o no tuvieran experiencia en puestos de complejidad técnica, pero esto no va a ser frecuente en la AGE. La inteligencia, por tanto, debe ser medida de forma indirecta, mediante sus manifestaciones conductuales; por aquellas conductas que hacen los directivos inteligentes. A este respecto, las conductas más relacionadas con esta aptitud son las que tienen que ver con la capacidad de resolución de problemas o conflictos y con la innovación, y son ellas las que deberán examinarse bajo el corolario de porque hizo, hará.

4.3. Destrezas

Por destrezas se entiende el «saber hacer», el resultado de experiencia o entrenamiento y puesta en práctica del conocimiento en contextos determinados. La definición teórica de destreza es la forma estandarizada de resolver problemas, es decir, una forma estable de comportamiento laboral que permite realizar las tareas propias de un puesto de trabajo. Las destrezas, en tanto que son el final del aprendizaje, concretan lo que son los objetivos del mismo; por ello todo curso de formación de DPP debe tener como objetivos las destrezas en las que se materializan los conocimientos o contenidos del aprendizaje.

Las destrezas son contextuales y, a veces, específicas de los puestos de cada organización, y los DPP no son una excepción. Es por ello que sería prolijo e innecesario, en un trabajo como éste, detallar todas las destrezas necesarias para desempeñar el puesto de DPP, pero para reconocer su naturaleza se exponen a continuación algunas de las más generales, comunes u horizontales para este puesto:

- Cuadros de mando.
- Microsoft Project; hojas de Gantt para el control de proyectos.
- Cómo controlar los errores de halo, benevolencia y tendencia central en la evaluación del desempeño.

- El método del factor por puntos en la valoración de puestos de trabajo.
- Diseño de funciones y puestos en la administración pública.
- Racionalización de estructuras organizativas.
- El análisis del trabajo. Metodologías y utilización de resultados.
- Contabilidad pública.
- La firma electrónica. Implicaciones legales y prácticas.
- Dirección por objetivos y control de gestión.
- Dirección de reuniones.
- El manejo del tiempo. Gestión de la agenda electrónica.
- La gestión de la calidad en las Administraciones Públicas. Adquisición y mantenimiento de los certificados de calidad.
- Análisis de la cultura organizativa. Encuestas de clima.
- Técnicas de gestión de cambio.

4.4. La personalidad

La personalidad es una predisposición heredada y aprendida que todas las personas tenemos para actuar de una determinada manera. La dirección y sentido de esta predisposición obedece al grado en el que se poseen determinadas características (factores o rasgos) y al entorno en el que son estimuladas. Todo ello conforma la peculiaridad del comportamiento de alguien y lo diferencia del de otros. El conocimiento de la personalidad sirve, por tanto, para predecir un comportamiento y para describir a una persona.

Hoy por hoy, existe un consenso general respecto a que la personalidad está constituida por cinco grandes factores (conocidos como los «Big Five»; Goldberg, 1992; Costa y McCrae, 1992), que, a su vez, están constituidos por 30 rasgos. Los factores son los siguientes:

- *Conciencia*: alto deseo de logro, rigurosidad, orden y responsabilidad. Competencia.
- *Estabilidad Emocional (Neuroticismo)*: control de emociones y resistencia a la presión.
- *Amigabilidad*: gusto por las relaciones, generosidad y cooperación.
- *Extroversión*: asertividad², actividad y locuacidad, optimismo y energía.
- *Apertura a la Experiencia*: apertura de mente, tendencia a cuestiones conceptuales o intelectuales.

² La asertividad es el rasgo que identifica a los que son capaces de decir no, a no callarse ante situaciones injustas o que van contra sus legítimos intereses; en ser capaz de ir contra corriente.

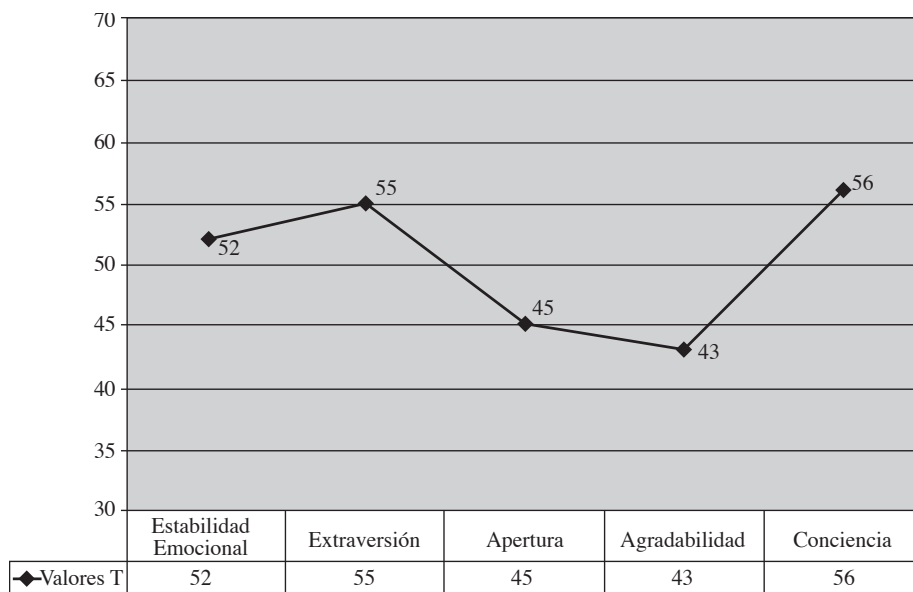
La razón por la que la personalidad forma parte del perfil del DPP es porque ella predice el liderazgo y ésta es una de las condiciones de un buen DPP. El coeficiente de validez con el que la personalidad predice el liderazgo es 0.40³ (Avolio *et al.*, 2003).

En 2002, Judge, Bono, Ilies y Gerhardt estudiaron también la personalidad en relación con el liderazgo y concluyeron los siguientes coeficientes de correlación: neuroticismo (lo contrario a la estabilidad emocional): -0.24, extroversión: 0.31, apertura: 0.24, agradabilidad: 0.08, conciencia: 0.28. También lo estudiaron a nivel de los rasgos que conforman los factores; de la Extroversión: dominancia y sociabilidad; de la Estabilidad Emocional: autoestima y locus de control interno (ser quien dirige tu vida); de la Conciencia: el logro y el ser fiable. Para estos autores, la Extroversión, la Conciencia y la Apertura a la Experiencia (en su versión de creatividad y actitudes sociopolíticas) son las más importantes. Menos importantes son la agradabilidad y el neuroticismo (versión negativa de la estabilidad emocional). Lo que corroboran estos estudios es el hecho de que los rasgos predicen mejor que los factores, así de la Extroversión, la dominancia y la sociabilidad predicen mejor que la Extroversión en sí misma. En general, estos autores concluyen que los cinco grandes sí sirven para predecir el liderazgo por las siguientes razones:

Factor	Razón
Extroversión	Porque hablan más Son más sociables Son asertivos Contagian emoción positiva
Conciencia	Porque son íntegros Porque dan confianza Porque toman iniciativa Porque son persistentes
Apertura a la experiencia	Son creativos e innovadores Asumen riesgos

La suma de Extroversión + Conciencia es el núcleo duro del liderazgo. Si a estos factores se les añade la Estabilidad Emocional se predice la emergencia de un liderazgo basado principalmente en la consecución de objetivos sin cambio cultural; si se le suma la Apertura (valores, cambio, visión, etc.) predice el liderazgo necesario para el cambio cultural. Rubenzer, Faschingbauer y Ones (2000) concretaron cuál es el patrón o perfil de personalidad del líder:

³ La validez oscila en valores de -1 a +1. Si la validez supera el valor .35 (ó -.35), se considera importante. Cuando se aportan datos concretos de validez y fiabilidad, se refieren a datos resultantes de investigación metanalítica (estudios de estudios), con muestras suficientemente grandes como para afirmar con garantías. Por ello, la validez se refiere, no a la validez observada r_{xy} , sino a la validez verdadera «Q» que es la resultante de corregir los errores de muestreo y otros artefactos estadísticos.



El problema de la personalidad es su medida. Hoy por hoy, la mayor parte de la literatura está de acuerdo en que la personalidad es muy importante para predecir el desempeño y más cuando se trata de puestos que gestionan personas. Sin embargo, al utilizarse para su medida cuestionarios auto-referenciados, se generan problemas de autoengaño y control de autoimagen (la gente contesta para no quedar mal). Ésta es la razón por la que la personalidad, al igual que comentábamos con la inteligencia, debe medirse indirectamente mediante los comportamientos en los que ella es determinante en la relación con personas y mediante el corolario «porque hizo, hará». Son éstos (Arthur, W.; Day, E.A.; McNelly, T.L., y Edens, P.S., 2003):

- *Consideración/conciencia de otros:* En qué medida el/la candidato/a ha tenido en cuenta los sentimientos y necesidades de los demás, así como ha sido consciente de las implicaciones de sus decisiones.
- *Influir a otros:* En qué medida el/la candidato/a ha persuadido a otros para hacer algo o para adoptar un punto de vista y decidir acciones en las que lo principal son las propias convicciones y no las opiniones de otros.
- *Tolerancia al «stress» y la incertidumbre:* En qué medida el/la candidato/a fue eficaz en situaciones diversas y con distintos grados de presión, oposición y frustración.

5. PROFESIONALIZACIÓN DEL ACCESO, EL EJERCICIO Y EL CESE

Como dicen Maeso Seco (2006) y Jiménez Asensio (2009), la esencia de la profesionalización es la medida; medir para ser DPP, medir mientras hace y

medir para salir. Pero medir se hace respecto de un criterio, respecto de alguna ley de bondad que represente o establezca qué es bueno. Tanto la LOFAGE (art. 6.10.), como la Ley de Agencias y el propio EBEP relacionan este criterio con la eficacia y eficiencia en la gestión y el cumplimiento de la legalidad. Entendiendo por eficacia la satisfacción de las necesidades de los administrados y por eficiencia conseguirlo mediante el uso racional y económico de los recursos. Esto sin olvidar que una cosa son los resultados tangibles y otra los resultados de la gestión (Olfás de Lima, 2007).

5.1. Profesionalizar el acceso

Medir para ser DPP significa predecir quién puede ser DPP. Esta predicción debe hacerse por la medición de los contenidos del perfil ya descrito. El EBEP plantea un DPP de acceso mixto, es decir, que pueden acceder a serlo tanto funcionarios como profesionales que provengan de la actividad privada, lo cual, como recuerda Cantero (2009), ha sido también sancionado por una sentencia del Tribunal Supremo del 21 de marzo de 2003, como manifestación de la potestad organizativa de la Administración. Vista esta situación desde los dos modelos selectivos de «porque tiene, hará» y «porque hizo, hará», parece que para el caso de profesionales externos sería más pertinente predecir a partir de la medida de sus desempeños previos, y para el caso de los funcionarios, ya que no han desempeñado puestos de DPP puros, sería más conveniente el corolario de «porque tiene, hará» o uno mixto.

Tal y como expone Maeso Seco (2006), parece inevitable que el acceso de los funcionarios a los puestos de DPP deba tener como condición la superación de una formación teórico-práctica en la que se asegurara la posesión (porque tiene, hará) del marco de referencia, conceptos y sistemas expuestos en el apartado del perfil referido a conocimientos, y también se demostrara la pericia en las destrezas propias del puesto de DPP al que optaran. Así, la formación en contenidos y habilidades directivas pasaría a ser una condición de acceso al puesto de DPP. Maeso Seco (2006), analizando este hecho en otros países, explica que la acreditación de estos conocimientos y destrezas no necesariamente obliga a ejercer de DPP, ya que se puede tener la capacitación pero no ejercerla. Claro que habría que establecer un límite de tiempo en el que se asegurara que dichos conocimientos y destrezas no se han perdido.

A este planteamiento de posesión de estos dos requisitos debería seguir, en el caso de los funcionarios, una evaluación de sus desempeños previos (porque hizo, hará), los cuales pueden haber sido ya medidos en el caso de estar ya implantada dicha evaluación, o por la utilización de herramientas y técnicas como las que se van a exponer para el caso de los profesionales externos.

A los profesionales externos se les supone experiencia contrastada en los contenidos destrezas del perfil, por lo que la medida para su acceso se realiza-

ría mediante la medida de sus desempeños previos. Para ello y en circunstancias selectivas, las técnicas más adecuadas son la Entrevista Conductual Estructurada y las Pruebas de Simulación o de Diseño de Proyectos. La primera es una entrevista en la que, tras una identificación de los comportamientos relevantes del DPP, y mediante el diseño de preguntas de naturaleza conductual (sólo referidas a hechos contrastables) y anclajes conductuales (ejemplos de qué significa hacerlo bien, regular y mal), un panel de al menos tres personas evalúa la experiencia y desempeños de los/as candidatos/as. Dicha entrevista se graba y se calcula el coeficiente por acuerdo entre los miembros del panel para asegurar la fiabilidad de las medidas. Las segundas se refieren a escenarios donde se simulan situaciones problemáticas que el/la candidato/a a DPP debe resolver. Esto se puede hacer mediante una resolución real ante el panel o mediante la elaboración escrita de un proyecto en donde se valora el diagnóstico, el diseño, la implantación y las formas de evaluación del proyecto propuesto.

Tanto los funcionarios como los profesionales externos deberán ser evaluados por profesionales de la medida y expertos en los criterios de éxito del puesto de DPP. Aunque algunas titulaciones parecen más pertinentes para cumplir con estas condiciones, valga con exponer estos dos roles. Los primeros deberán asegurar la fiabilidad y validez de las medidas y los segundos la relevancia de las mismas y su contexto para las distintas tipologías de DPP. Su misión principal no debe ser la de determinar una prelación de candidatos/as de más a menos aptos, sino la de aportar a otro órgano, normalmente político, aquellos/as candidatos/as de los que se asegura que pueden desempeñar el puesto de DPP; normalmente una terna, para que dicho órgano decida. La selección de los DPP no es un problema puramente racional, sino una decisión que debe tomarse teniendo en cuenta muchos factores y reconociendo que en selección de directivos *un proceso racional de decisión nos dice cómo tomar una decisión correctamente, pero eso no significa que tomemos la decisión correcta* (Sessa y Taylor, 2000).

5.2. Profesionalización del ejercicio

Este apartado consiste en medir cómo ha desempeñado el DPP las tareas necesarias para satisfacer las responsabilidades enunciadas en las funciones. Desde un punto de vista general y siendo conscientes de que estos criterios deberían diseñarse para cada caso, se exponen a continuación algunos criterios añadidos a los ya expuestos al hablar de la personalidad como predictora del liderazgo (Arthur, *et al.*, 2003). A éstos habría que añadir los propios de la gestión económica.

- **Comunicación:** En qué medida el/la candidata/a ha sido capaz de dar a conocer información de forma oral y escrita, y cómo respondió a preguntas y desafíos.

- *Organización y Planificación:* En qué medida el/la candidato/a estructuró el trabajo y proveyó de recursos para conseguir eficacia en las tareas. También en qué medida anticipó y preparó el futuro.
- *Resolución de Problemas:* En qué medida el/la candidato/a reunió, analizó y entendió información técnica y profesional relevante; generó opciones viables; seleccionó acciones posibles y usó los recursos existentes de manera imaginativa.
- *Iniciativa, impulso:* En qué medida el/la candidato/a inició y mantuvo un nivel de actividad alto, estableció estándares de ejecución exigentes y persistió en su consecución. También en qué medida expresó un deseo de avanzar a mayores cotas de desempeño.
- *Consideración/conciencia de otros:* En qué medida el/la candidato/a tuvo en cuenta los sentimientos y necesidades de los demás, así como si fue consciente de las implicaciones de sus decisiones.
- *Influir a otros:* En qué medida el/la candidato/a persuadió a otros para hacer algo o para adoptar un punto de vista y decidir acciones en las que lo principal son las propias convicciones y no las opiniones de otros.
- *Tolerancia al «stress» y la incertidumbre:* En qué medida el/la candidato/a fue eficaz en situaciones diversas y con distintos grados de presión, oposición y frustración.

Desde el punto de vista del DPP, el valor último de la profesionalización del ejercicio es la incentivación y el aprendizaje. La evaluación debe entenderse como una institucionalización del reconocimiento que pretende fijar y premiar aquellos desempeños que consiguen los objetivos comprometidos y corregir, mediante el aprendizaje y la reflexión provocada, aquellos que no los consiguen.

5.3. Profesionalización del cese

Profesionalizar el cese significa medir al salir o salir por haber sido medido/a. Este juego de palabras habla de los dos rasgos definitorios de la profesionalidad del DPP: la temporalidad y la evaluación por resultados. Respecto del primero, distintos autores y el propio EBEP establecen una limitación temporal para el ejercicio del mismo puesto de DPP; así Jiménez Asensio (2006) establece cinco años como límite en el que un/a DPP debería cambiar a otro puesto de DPP o dejar de serlo. La literatura reconoce esta auto-limitación como una condición profiláctica para evitar los errores inherentes a la gestión del poder (Kellerman, 2005). Respecto de la evaluación por resultados, ésta debe producirse en función de los criterios expuestos en el punto anterior y bajo exigencias técnicas de relevancia, fiabilidad y no contaminación de las medidas. Es decir, que las razones por la que un DPP puede ser cesado deben ser trascendentes para la organización, estar bien medidas, ser replicables por otros evaluadores, no basarse en aspectos contingentes de la ejecución o en razones distintas del desempeño objetivo y

tangible. Esta evaluación también debería realizarse en estas condiciones en los casos de cese por finalización del tiempo de ejercicio del puesto de DPP.

En cualquier caso, las evaluaciones deberán contextualizar esta objetividad según la idiosincrasia y complejidad del trabajo del DPP (Villoria, 2009):

- Influencia política.
- Más equidad que eficacia.
- Ambigüedad y contradicción de objetivos.
- Restricciones en la toma de decisiones.
- Dificultad de relacionar rendimientos e incentivos.
- Sistema de valores distinto de la dirección profesional privada.
- Menos satisfacción de los empleados públicos.

6. EL DPP EN LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO (AGE). GESTIÓN DEL CAMBIO

Además de la idiosincrasia y complejidad de la Administración en general, el DPP deberá ejercer sus responsabilidades en una AGE con necesidad de cambio o en crisis. En efecto, la AGE ha dejado de ser una administración gestora y ejecutiva. La descentralización y el traspaso de competencias a las comunidades autónomas ha liberado, en gran medida, a la AGE de la gestión directa. La AGE pasa a ser un agente pensante donde adquieren especial importancia la reflexión, el análisis de las estrategias, el largo plazo y la evaluación. La AGE adquiere un rol de coordinador que necesita visión de conjunto y donde los clientes pasan a ser los elementos que integran el Estado. Sus macrofunciones se refieren a la provisión de pocos y grandes servicios al Estado (Informe AGE, 2007):

- Velar por la igualdad básica de los españoles.
- Promoción económica general.
- Relaciones internacionales.
- Grandes infraestructuras que vertebran el territorio.
- Sostenibilidad ambiental.
- Funciones reguladoras claves.
- Cooperación interadministrativa.
- Formulación y evaluación de políticas.
- Protección Civil.
- Gestión de flujos migratorios.
- Lucha contra la criminalidad.

El DPP es en sí mismo síntoma y gestor del cambio (Maeso Seco, 2006). Su implantación en la AGE exige el aplanamiento de estructuras; una reflexión sobre

los tres niveles a los que hoy la LOFAGE da carácter de directivos públicos: Subsecretarios y Secretarios Generales, Secretarios Generales Técnicos y Directores Generales, y los Sudirectores. Esto conlleva una oposición cultural que exigirá mucha voluntad política para poder realizarse. Como dice Jiménez Asensio (2009), la clave está en identificar cuál es la ganancia que pueden tener los políticos por implantar esta figura. Deberíamos preguntarnos qué venta podemos hacer a aquellos para los que la implantación del DPP significa pérdida de poder, reconocimiento, discrecionalidad y limitación en la decisión de nombrar a las personas en las que basan el éxito de su gestión. Como dice Jiménez Asensio, habría que definir un nuevo espacio de poder para la política donde la pérdida sea compensada. Espacio que deberá dedicarse al análisis de la demanda social, al debate político serio, a iniciativas de innovación y a legitimar necesidades (Longo, 1999).

7. DEFINICIÓN DEL DIRECTIVO PÚBLICO

De la revisión realizada, y salvo tautologías como la definición del EBEP, dos autores han dado definiciones del DPP:

Cantero (2009): Profesional con capacidad de liderazgo que posee la formación y habilidades necesarias para hacer que funcione el engranaje administrativo, bajo la dirección del gobierno de turno y cuya gestión se somete a criterios de eficacia, eficiencia, responsabilidad y control de resultados.

Villoria (2009): El que participa en la definición de programas y formulación de políticas, implementa o gestiona éstas, dirigiendo organizaciones y personas con autonomía operativa y responsabilizándose de intermediar con los intereses sociales organizados y reconocidos legalmente.

Dar una definición de Directivo Público Profesional es una difícil tarea de síntesis donde se pretende incluir todo lo sustancial y singular de esta figura, tal y como se ha comprometido en las páginas anteriores, sin que el resultado deje de ser sencillo por ser sofisticado o recargado. Siendo conscientes de que esta tarea debe ser revisada se propone la siguiente definición:

El directivo público profesional es el empleo público que hace factible la estrategia política mediante su matización técnica y legal, la gestión de proyectos, la dirección de personas y la gestión de recursos económicos y materiales que han sido puestos bajo su responsabilidad, en orden a conseguir un servicio público eficaz.

BIBLIOGRAFÍA

ARTHUR, W., JR.; DAY, E. A.; MCNELLY, T. L., y EDENS, P. S. (2003): A meta-analysis of the criterion-related validity of assessment center dimensions. *Personnel Psychology*, 56, 125-154.

- AVOLIO, B.; BASS, B.; JUNG, D., & BERSON, Y. (2003): Predicting unit performance by assessing transformational and transactional leadership. *Journal of Applied Psychology*, 88, 207-218.
- CANTERO, J. (2009): El personal directivo profesional. En Federico A. Castillo Blanco y Javier E. Quesada Lumbreras (Editores). *Manual de Empleo Público*. Iustel. Pp. 165-174.
- CATALÁ, R. (2005): Directivos Públicos. *Presupuesto y Gasto Público*. Nº41, pp 211-225.
- COSTA, P.T., y McCRAE, R.R. (1992): *Revised NEO Personality Inventory (NEO-PI-R) and NEO Five-Factor Inventory (NEO-FFI) professional manual*. Odessa, FL: Psychological Assessment Resources.
- GOLDBERG, L.R. (1992): The development of markers for the Big-Five factor structure. *Psychological Assessment*, 4, 26-42.
- GORRITI, M. (2009): Evaluación y Predicción del Directivo Público. *Observatorio de Recursos Humanos y Relaciones Laborales*. N.º 38, 39, 40. Madrid, ORH.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2007): *Directivos Públicos*. Edit. Instituto Vasco de Administración Pública (IVAP). Oñate.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2009): Los directivos públicos locales. En Rafael Jiménez Asensio y Federico Castillo Blanco (Editores). *Informe sobre el empleo público local Fundación Democracia y Gobierno Local*. Fundación Democracia y Gobierno Local, pp. 57-61.
- JUDGE, T.; BONO, J.; ILIES, R. y GERHARDT, M. (2002): «Personality and Leadership: A Qualitative and Quantitative Review». *Journal of Applied Psychology*. Vol. 87, 765-780.
- KELLERMAN, B. (2005): How bad leadership happens. *Leader to Leader*, Winter: 41-46.
- LONGO, F. (1999): Política y gerencia pública en los gobiernos locales, en *Gobierno Local y Modelo Gerencial*. Barcelona. Fundación Pi y Sunyer.
- LONGO, F. (2005): *La expansión de la dirección pública profesional: apuntes desde la perspectiva española*. X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Santiago de Chile, 18-21.
- MAESO SECO, L.F.: «El personal directivo: comentarios al artículo 13 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público», en Ortega Álvarez, L., *Estatuto Básico del Empleado Público*, Edit. La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2008, pp. 107 a 174.
- MAESO SECO, L.F.: *Una aproximación al régimen jurídico de los directivos públicos: el caso de Francia, Reino Unido, Italia y España*, [documento en

línea]. Disponible desde Internet en: < <http://www.inap.map.es/NR/exeres/091B404D-82ED-40EE-81D7-F47BB28358EC.htm>> [con acceso el 10/12/2006].

- MAESO SECO, L.F.: *Los directivos públicos en el escenario de la reforma-modernización administrativa*, Ciudad Real, 2008 (Tesis inédita).
- OLÍAS DE LIMA, B. (2007): Informe AGE. Documento de Trabajo no publicado.
- ONES, D. S.; VISWESVARAN, C., y DILCHERT, S. (2005): *Cognitive ability in personnel selection decisions*. In A. Evers, O. Voskuil & N. Anderson (Eds.), *Handbook of personnel selection* (pp. 143-173). Oxford, UK: Blackwell.
- PAREJO ALFONSO, L. (2003): Límites del desarrollo del Estatuto por las Comunidades Autónomas, en VV.AA., *El Estatuto de la Función Pública a Debate*. Edit. Colex, Madrid, pp 33 a 48.
- PRIMOFF ES. (1975): *How to prepare and conduct job-element examinations*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office.
- RUBENZER, S.; FASCHINGBAUER, T., y ONES, D. (2000): Assessing the U.S. Presidents Using the Revised NEO Personality Inventory. *Assessment*, Vol. 7, n.º 4, 403-420.
- SALGADO, J.F.; ANDERSON, N.; MOSCOSO, S.; BERTUA, C.; DE FRUYT, F. y ROLLAND, J.P. (2003): GMA measures and the prediction of Job Performance and training success for different occupations in the European Community. *Journal of Applied Psychology*, 88, 1068-1081.
- SCHMIDT, F. L., y HUNTER, J. E. (1998): The validity and utility of selection methods in personnel psychology: practical and theoretical implications of 85 years of research findings. *Psychological Bulletin*, 124, 262-274.
- SESSA, V.I., y TAYLOR, J. (2000): *Executive selection: Strategies for success*, Jossey Bass.
- VILLORIA, M. (2009): *La función directiva profesional*. Instituto Universitario Ortega y Gasset-Universidad Rey Juan Carlos.
- YUKL, G.A., y VAN FLEET, D.D. (1994): Theory and research on leadership in organizations.» In M.D. Dunnette and L.M. Hough (eds.), *Handbook of Industrial and Organizational Psychology, Volume 3*. Second edition; Palo Alto, CA: Consulting Psychologists Press, Inc., 147-197.

LA «CUESTIÓN DIRECTIVA» Y EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL DIRECTIVO AGE: ALGUNAS IDEAS PARA LA TOMA DE DECISIONES EN LA MATERIA

LUIS F. MAESO SECO

Doctor en Derecho Administrativo

Profesor Asociado de la Universidad de Castilla-La Mancha

Sumario: 1. Introducción. 2. Sobre la trascendencia de la temática directiva en el ámbito de la Administración General del Estado. 3. Las dificultades que acompañan al debate directivo. 4. El personal directivo AGE antes del EBEP: caracteres generales de su régimen jurídico de acceso, ejercicio y cese. 4.1. Acceso y formación directiva. 4.2. El régimen jurídico de ejercicio y cese. 5. El «nuevo» personal y modelo directivo auspiciado por el artículo 13 del EBEP. 5.1. Sobre el párrafo primero del artículo 13. 5.2. Sobre los apartados 1, 2, 3 y 4 del artículo 13 del EBEP. 6. Recapitulación y conclusiones para articular un árbol de toma de decisiones en la materia.

1. INTRODUCCIÓN

En el momento en el que se escriben estas páginas, se cumplen ya *más de tres años desde que el legislador básico estatal tuviera a bien instituir la figura del personal directivo y (pretendidamente) profesional en nuestro Ordenamiento jurídico-administrativo*. En efecto, vía artículo 13 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP) y al amparo de los artículos 149.1.18^a, 7^a y 13^a de la Constitución, el legislador del Estado introdujo esta «nueva» categoría de personal al servicio de nuestras Administraciones; incluida, por supuesto, la General y del Estado. Una «nueva» categoría de personal que, a mitad de camino entre la política y la Administración –lo que desde antiguo viene lastrando su adecuado entendimiento–, está llamada a desempeñar un papel fundamental en su doble calidad de sujeto activo y objeto pasivo del discurso modernizador general y, desde luego, del empleo público en particular. Un discurso, dicho sea entre paréntesis, que se enlaza y vincula a los importantes esfuerzos que desde esas mismas Administraciones Públicas se están realizando para responder a las cada vez más complejas y apremiantes demandas de la colectividad y cuya finalidad última no es otra que la de mantener –e incluso fortalecer– la legitimidad gestora de aquéllas en su obrar cotidiano.

En este estado de cosas, no es de extrañar: *a)* que el EBEP haya considerado al personal directivo profesional como un elemento vertebrador de estas nuevas racionalidades que están acompañando al empleo público; *b)* que aquél esté llamado a desarrollar la función directiva (con independencia de lo que ésta sea

o pueda ser); *c*) que su designación atienda a los «nuevos» principios de mérito y capacidad, con base en procedimientos que garanticen la publicidad y la concurrencia; *d*) que el personal directivo profesional se encuentre sujeto a evaluación con arreglo a criterios de eficacia, eficiencia y responsabilidad; y *e*) que, en fin, de esta responsabilidad y de aquella evaluación pueda seguirse su cese.

Sin embargo, y pese a este papel tan relevante que en el seno del debate sobre la modernización administrativa se atribuye al personal directivo profesional y al establecimiento de su régimen jurídico —o quizá precisamente por ello—, lo cierto es que *poco o nada se ha avanzado hasta ahora en la dirección que apunta el EBEP*. En efecto, como ya hemos señalado en otro capítulo de este libro, ni el Gobierno del Estado ni sus homónimos autonómicos —a quienes en primera instancia llama el artículo 13 del EBEP— se han puesto manos a la obra para instituir el régimen jurídico del personal directivo; y, menos aún, para hacerlo en clave profesional. Así, el Gobierno de la Nación todavía no ha hecho ningún movimiento en este sentido, encontrándose a la espera de elaborar los primeros borradores de leyes y decretos de desarrollo del EBEP en esta materia. Las Comunidades Autónomas, por su parte, tampoco han movido pieza. De hecho, las escasas leyes de función pública o empleo público que contemporáneamente al EBEP se han aprobado a nivel regional (Castilla y León, Baleares y Galicia)¹, así como aquellas otras que están en curso de serlo (País Vasco, Aragón, Castilla-La Mancha y sobre todo la Ley de Ordenación y Gestión de la Función Pública de la Comunidad Valenciana)², apenas sí tratan esta cuestión (salvedad hecha, a nivel de ley orgánica, del art. 150 del Estatuto Catalán, al que más adelante nos referiremos); y, cuando lo hacen, lo es para conducirse en el sentido contrario al EBEP, es decir: «repolitizando» el nivel de dirección pública.

Todo ello, a nuestro juicio, no hace sino defraudar las expectativas creadas y, lo que es aún peor, *impedir que el directivo público juegue aquel papel de sujeto-objeto catalizador de la modernización administrativa que, al menos en la teoría, está llamado a representar en el escenario de la profesionalización*.

¹ Vid., Ley de Castilla y León 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública, en particular sus artículos 25 y 70; Ley balear 3/2007, de 27 de marzo, de Función Pública, más concretamente sus artículos 35, 79 y Disp. Adic. 5ª; y el Decreto Legislativo gallego 1/2008, de 13 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de esta Comunidad Autónoma, en especial los artículos 8, 29.2, 30 y Disp. Adic. 19ª del mismo fundamentalmente.

² Recuérdesse, en efecto, que en el momento en el que se escriben estas páginas, entre otros, se encuentran en fase de elaboración-tramitación: el Anteproyecto de Ley de Empleo Público de Euskadi, cuya versión de marzo de 2009 dedica al personal directivo, fundamentalmente, los artículos 16, 17, 18, 118 y Disp. Transitiva 1ª del mismo; el Borrador de Ley del Empleo Público de Aragón, que, a fecha 10 de marzo de 2010, alude al personal directivo profesional o, por mejor decir, a los puestos que tendrán carácter directivo y al régimen jurídico de sus titulares, sin ser exhaustivos, en los artículos 4, 17.5, 49 y 117; el Borrador del Anteproyecto de Ley del Empleo Público de Castilla-La Mancha, artículos 13, 14, 15, 86, Disp. Transit. 2ª y Disp. Transit. 3ª de este texto, en fecha 11 de febrero de 2010; y la Ley 10/2010, de 9 de julio, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana, más en concreto su Capítulo II, art. 20, referido, justamente, al personal directivo público y profesional.

En efecto, el hecho constatado y constatable de que ni desde el Gobierno de la Nación ni desde los ejecutivos autonómicos se haya adoptado un régimen de directivos en clave profesional, pone en tela de juicio buena parte del discurso modernizador, pues cabe preguntarse: ¿cómo se puede dar respuesta a las demandas y requerimientos sociales de eficacia, eficiencia, calidad, etc., si disponemos de un régimen de directivos que, eventualmente, admite que los puestos de vértice de la Administración sean cubiertos por personas que no han interiorizado aquellos valores y que, por lo demás, tampoco son nombrados, evaluados, cesados, ni resultan responsables conforme a dichos criterios? En otros términos: ¿cómo podemos reforzar y/o mantener la legitimidad del vértice gerencial de nuestras Administraciones Públicas cara a sus ciudadanos, incluyendo a la Administración General del Estado, si la cúspide de la misma no es ocupada, actúa o es apartada conforme a un régimen jurídico distinto o particular de tintes profesionales? Sencillamente, no es posible.

A nuestro parecer, o admitimos el discurso modernizador actuando en consecuencia, esto es, optamos –entre otras medidas– por el establecimiento de un régimen del personal directivo en clave profesional, o deberemos negar la mayor. Es decir, obviar las consecuencias de dicho discurso escogiendo, por el contrario, la articulación de un sistema de directivos como el actual, que bien puede calificarse –por las razones que luego se dirán– de *spoil system* funcio-narizado. Un sistema que se basa en la confianza personal o política de quien detenta el poder de nombramiento y que exige como único requisito –y no en todos los casos– ser funcionario de carrera del Estado, las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales a los que se exige para su ingreso el título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente.

Así pues, somos de la opinión de que buena parte del éxito o del fracaso de la modernización de nuestras Administraciones Públicas y, en especial, de la Administración General del Estado (cada vez más coordinadora, planificadora y, en su consecuencia, directora-gestora del menguante espacio que le toca entre el nivel europeo y el estrictamente autonómico y local) *dependerá de la adecuada articulación de un personal directivo y de un régimen jurídico del mismo coherentes con la lógica de la modernización y la profesionalización.*

No obstante, ya sea por indolencia, ya sea por desgana o porque, sencillamente, no se sabe cómo hacerlo, los Ejecutivos (estatal y autonómicos) así como sus Legisladores respectivos han arrinconado la «cuestión directiva» y, con ello, el establecimiento del régimen jurídico de aquel personal directivo en clave profesional. Y es éste, justamente, el estado de cosas que desde aquí querríamos cambiar, *ofreciendo ciertas pistas o ideas acerca de cuáles son (o pueden ser) las disyuntivas básicas a las que deberá enfrentarse el ejecutivo o el legislador correspondiente cuando, si así lo desea, llegue el momento de determinar el régimen jurídico del personal directivo.* En otras palabras: establecer las raíces de una suerte de «árbol de toma de decisiones» en la materia. Raíces que, por lo demás, sólo pueden descubrirse desde el análisis previo

de las directrices que ahora apunta el EBEP y, en no menor medida, desde el estudio y conocimiento del régimen jurídico de directivos anterior al mismo. Algo que pasa, en primer término, por evidenciar la trascendencia de la cuestión directiva y como ésta constituye, en cierto modo, un primer argumento a enfrentar para quienquiera que desee establecer un régimen profesional de directivos públicos.

2. SOBRE LA TRASCENDENCIA DE LA TEMÁTICA DIRECTIVA EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

Si por algo se caracteriza la «cuestión directiva» o, por mejor decir, el estudio y/o regulación del régimen jurídico del personal directivo público es por *su trascendencia y su dificultad*. En efecto, como objeto de nuestro análisis (pero también de una eventual y posterior ordenación-regulación), la temática directiva resulta tan difícil como trascendente, debido a la estrecha relación que traba con otros dos grandes argumentos y debates aún irresueltos en el campo del derecho administrativo, a saber: *a) las relaciones entre política y Administración; y b) el proceso de reforma-modernización administrativa puesta en marcha esta última en los años sesenta y setenta del siglo XX, y que ha llegado hasta nosotros.*

Así es, la trascendencia de la aquí llamada «cuestión directiva» o del régimen jurídico de directivos es principalmente indirecta o derivada. Es decir, nace, sobre todo, de su íntima conexión con otra polémica aún más compleja de resolver: la sistematización de las relaciones entre *política y Administración* que se esconde tras ella (entre otros Villoria Mendieta)³. En efecto, si se piensa un instante sobre esta afirmación, se comprenderá de inmediato que establecer el régimen jurídico de los directivos públicos supone, en primer término, adoptar una postura acerca de una cuestión mucho más delicada y trascendental como lo es dónde y cómo fijar la línea divisoria entre los niveles inferiores de la política o del gobierno (Ministros y Secretarios de Estado fundamentalmente en el ámbito AGE) y los niveles superiores de la estricta organización-empleo público administrativo puestos a su servicio. En lo que aquí interesa, esta franja de personal-organización comprendería los puestos y cargos que van desde los Subsecretarios a los Subdirectores Generales en la Administración Central del Estado y, así también, al personal asimilado en la Administración periférica, exterior e instrumental del mismo. Todo lo cual se entiende mejor si tenemos en cuenta que, al actuar los directivos públicos como elementos de enlace entre el estadio de dirección política y el de la estricta ejecución administrativa, la determinación de su concreto régimen jurídico condiciona y a la vez altera el sistema de relaciones entre ambos desde su interior y, en su consecuencia, tam-

³ Vid., VILLORIA MENDIETA, M. y PINO MATUTE, E. del., *Dirección y Gestión de Recursos Humanos...*, ob. cit., p. 493 y ss.

bién la práctica totalidad de la estructura administrativa que de ellos depende, tanto «por arriba» como «por abajo». De aquí que, en estricto rigor jurídico, cualquier intento de establecimiento del régimen de directivos se torna una cuestión sumamente delicada.

De otra parte, y según hemos señalado anteriormente, la importancia «derivada» de la temática directiva proviene del *vínculo que se establece entre ésta y el proceso de reforma-modernización en el que se hallan inmersas nuestras Administraciones Públicas desde hace ya varias décadas*. Así es, desde los años sesenta y setenta del siglo XX, y hasta la actualidad, la Administración, y en particular la Administración General del Estado, ha tenido que hacer frente a los cambios en las demandas y requerimientos de la colectividad nacional, lo que, unido a su transfiguración en un ente democrático y social (con la consiguiente afirmación de la eficacia, la eficiencia y la calidad como principios guía de la acción administrativa según Parejo Alfonso)⁴, dan como resultado que aquella, con el fin último de seguir cumpliendo el mandato constitucional que legitima su actuación (servicio objetivo al interés general), haya puesto en marcha distintos programas y planes de reforma y/o modernización-innovación tendentes, por supuesto, a satisfacer aquellas demandas y requerimientos. Programas y planes en los que los directivos públicos y, por ende, la ordenación de su régimen jurídico han pasado a ocupar el centro de la escena, ya que éstos, habida cuenta de su posición en la estructura organizativa y de empleo público, van a ser los encargados de implementar y gestionar las decisiones políticas trasladándolas desde el nivel «gubernativo» al nivel estrictamente administrativo. Dicho de otro modo: mucho del éxito o del fracaso del proceso modernizador de las Administraciones públicas españolas y, en concreto, de la Administración General del Estado va a depender de que el Gobierno (o el legislador) nacional sea capaz de articular un régimen jurídico del personal directivo profesional que permita a éste representar el papel protagonista que le corresponde en el «teatro» de la reforma-modernización administrativa. Un papel protagonista que es doble (Maeso Seco)⁵, en el bien entendido sentido de que el directivo público asume el rol de sujeto activo (o traslaticio) y objeto pasivo (o receptor) de la reforma-modernización a un mismo tiempo. Prueba de ello es que, en todos aquellos países de nuestro entorno más cercano donde se han puesto en marcha intentos o tentativas de reforma-modernización y/o innovación administrativa similares (piénsese en Francia, Reino Unido o Italia, por citar tan sólo algunos ejemplos)⁶, el personal directivo profesional ha ocupado una posi-

⁴ Vid., PAREJO ALFONSO, L., «La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública», en *Documentación Administrativa*, núm. 218-219, abril-septiembre, 1989, pp. 15 a 65; y PAREJO ALFONSO, L., *Eficacia y administración. Tres estudios*, Edit. INAP, Madrid, 1995.

⁵ V., MAESO SECO, L.F., *Los directivos públicos en el escenario de la reforma-modernización...*, ob. cit., p. 16.

⁶ Vid., MAESO SECO, L.F., *Una aproximación al régimen jurídico de los directivos públicos: el caso de Francia, Reino Unido, Italia y España*, [documento en línea], Disponible desde Internet en: < <http://www.inap.map.es/NR/exeres/091B404D-82ED-40EE-81D7-F47BB28358EC.htm> > [con acceso el 10/02/2007];

ción central, repensándose su régimen jurídico en el sentido de caminar, justamente, en un sentido u otro de la tensión entre política y Administración que late en su seno.

Ahora bien, si la trascendencia de la temática directiva a la luz de estos argumentos se nos antoja indiscutible, no lo es menos que cualquier intento regulatorio de la misma por parte del Gobierno (o del legislador) estatal se torna especialmente complejo dada *su dificultad como objeto de ordenación*; que es, por lo demás, el segundo de los atributos que la adornan.

3. LAS DIFICULTADES QUE ACOMPAÑAN AL DEBATE DIRECTIVO

Señalábamos, al inicio de este epígrafe, que el régimen jurídico de los directivos públicos constituye una temática trascendente a la par que difícil, lo cual resultará evidente cuando expongamos las siguientes *circunstancias*.

Por lo pronto, el hecho de que estamos en presencia de *un tópico administrativo tradicionalmente descuidado por la doctrina*. Así es, los autores, salvedad hecha de algunas contadas excepciones (entre otros Nieto, Morell, Ocaña, Jiménez, Asensio, Palomar Olmeda, Ortega Álvarez, y más modestamente Maeso Seco)⁷, no se han ocupado de indagar acerca de cuál debe ser el régimen

SÁNCHEZ MORÓN, M. (Coord.), *La función pública directiva en Francia, Italia y España*, Edit. INAP, Madrid, 2007.

⁷ Vid., NIETO, A., «Los estudios sobre la administración pública: la necesidad de construir una disciplina que sea la base formativa de una clase directiva profesionalizada», en *Documentación Administrativa*, núm. 200, enero-marzo, 1984, pp. 7 a 42; NIETO, A., *La «nueva» organización del desgobierno*, Edit. Ariel, Barcelona, 1996; *El sistema de la confianza política en la Administración pública*, Edit. Civitas, Madrid, 1994; MORELL OCAÑA, L., «Dirección de la Administración Pública por el Gobierno y garantía de imparcialidad administrativa», en *Revista de Administración Pública*, núm. 156, septiembre-diciembre, 2001, pp. 23 a 58; MORELL OCAÑA, L., *El sistema de la confianza política en la Administración pública*, Edit. Civitas, Madrid, 1994; JIMÉNEZ ASENSIO, R., «Funciones directivas y modernización de las administraciones públicas», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 45-II, 1996, pp. 117 a 129; JIMÉNEZ ASENSIO, R., «La función directiva en el sector público español: tipología de regímenes jurídicos de los directivos públicos», en *Documentación Administrativa*, núm. 241-242, enero-agosto, 1995, pp. 273 a 405; JIMÉNEZ ASENSIO, R., «Política y administración: los puestos de designación política en las administraciones públicas», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 32, 1992, pp. 73 a 101; JIMÉNEZ ASENSIO, R., *Altos cargos y directivos públicos. Un estudio sobre las relaciones entre política y administración en España*, 2ª ed., Oñati, Edit. IVAP, 1998; JIMÉNEZ ASENSIO, R., *Directivos públicos*, Edit. IVAP, Oñati, 2006; PALOMAR OLMEDA, A., «El modelo de directivos públicos en la Administración General del Estado (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2005)», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año. XVI, núm. 700, 9 de marzo de 2006, pp. 8 a 10; PALOMAR OLMEDA, A., «La organización administrativa: la verdadera reforma pendiente de la gestión pública», en *Revista de Derecho VLex*, núm. 3, marzo, 2003 [documento en línea]. Disponible desde Internet en: <<http://vlex.com/>> [con acceso el 13/03/2010]; PALOMAR OLMEDA, A., «Pautas para el diseño de un estatuto directivo público para las administraciones convencionales», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 72, mayo-agosto, 2005, pp. 195 a 229; ORTEGA ÁLVAREZ, L., «La nueva Ley española de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado», en *Documentación Administrativa*, núm. 246-247, septiembre 1996-abril 1997, pp. 259 a 274; ORTEGA ÁLVAREZ, L., «La reforma de la alta burocracia en España», en *Sistema*, núm. 107, 1992, pp. 5 a 20; MAESO SECO, L. F., «El personal directivo: comentarios al artículo

jurídico de los directivos públicos; del problema de la ordenación de las relaciones entre política y Administración que se halla detrás; de su conexión con el debate acerca de la reforma-modernización administrativa; y, así podríamos citar un largo etcétera más. Todo ello, sin duda, no ha contribuido ni favorecido su eventual regulación.

De otra parte, no cabe discutir que esta materia presenta una *vis poliédrica* en absoluto desdeñable. Porque es lo cierto, en efecto, que la «cuestión directiva», entendida como régimen jurídico del personal directivo, puede ser abordada desde múltiples y muy variados puntos de vista, tanto jurídicos (Derecho del Trabajo, Derecho Constitucional y, más que ningún otro, el derecho administrativo) como no-jurídicos (Ciencia de la Administración, Psicología y, como ya hemos podido comprobar, Gestión de Recursos Humanos, por citar tan sólo algunos ejemplos); lo cual –desde luego– tampoco contribuye a un mejor entendimiento de la misma. Antes al contrario: lo entorpece y desdibuja.

Por lo demás, aunque unido a lo anterior, conviene no descuidar que, incluso desde la sola perspectiva o punto de vista jurídico-administrativo, *la cuestión directiva no encuentra un acomodo cabal* en ninguna de las áreas o sectores de conocimiento característicos del mismo. En efecto, a poco que se reflexione sobre ello, se comprobará que el régimen jurídico de los directivos públicos constituye un objeto de análisis y estudio que se sitúa en una suerte de tierra de nadie; a medio camino entre las bases constitucionales de aquella rama del Ordenamiento, la teoría de la organización y los contenidos propios del ahora denominado empleo público.

Por si todo lo anterior no fuera suficiente, a ello hay que añadir la carencia de una *definición acabada y unívoca de lo que sea el personal directivo profesional, desde y para el Derecho administrativo*. Así es, la legislación del Estado no ha resuelto por el momento y de un modo satisfactorio esta cuestión siempre pendiente. Paradójicamente, sin embargo, la reciente normativa básica estatal no ha dejado de reconocer e introducir esta figura, desde 1964 (cuando en el art. 23.3 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, se estableció que las plazas de mayor responsabilidad del Cuerpo de Administradores Civiles del Estado se reservarían a funcionarios del mismo que ostenten *diploma de directivos...*) y hasta la actualidad (art. 13 del EBEP), por lo que bien puede decirse, que el personal directivo profesional no ha dejado de «asomarse», de una manera u otra, a la legislación básica estatal en los últimos cincuenta años, sin que se sepa a ciencia cierta quién es ni, desde luego, qué hace.

13 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público», en Ortega Álvarez, L., *Estatuto Básico del Empleado Público*, Edit. La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2008, pp.107 a 174. MAESO SECO, L.F., Los directivos públicos en el escenario de la reforma-modernización administrativa, Ciudad Real, 2008 (Tesis inédita); MAESO SECO, L. F., Una aproximación al régimen jurídico de los directivos públicos: el caso de Francia, Reino Unido, Italia y España, [documento en línea]. Disponible desde Internet en: < <http://www.inap.map.es/NR/exeres/091B404D-82ED-40EE-81D7-F47BB28358EC.htm> > [con acceso el 10-02-2007].

Establecido lo anterior, resulta obligado hacer un alto en el camino para realizar, cuando menos, *cinco salvedades o puntualizaciones*. La *primera* es que, por el momento, lo mismo que se acaba de decir en cuanto a la «cuestión directiva» en general y la inexistencia de un concepto acabado y claro de directivo público para la Administración General del Estado vale también –aunque no forme parte de nuestro estudio– para las Administraciones de las Comunidades Autónomas. En efecto, a nadie escapa a estas alturas que, por distintos motivos que no viene al caso exponer aquí, los aparatos político-administrativos autonómicos han reproducido en su organización la estructura de la Administración General del Estado, incluso de un modo mimético (Santamaría Pastor, entre otros)⁸. Así las cosas, a nadie puede extrañar tampoco que la legislación autonómica padezca los mismos «males directivos» que han aquejado y aquejan a la Administración estatal.

En *segundo término*, conviene precisar también que, pese a todo, desde la entrada en vigor del EBEP y con base en la «invitación» que desde el mismo se formula a los Ejecutivos estatal y autonómico para configurar el régimen del personal directivo profesional (v., art. 13 primer párrafo), algunas Comunidades Autónomas han dado ciertos pasos en la buena dirección en sus borradores de proyectos o anteproyectos de leyes de desarrollo del EBEP. Es decir, han realizado un esfuerzo digno de mención para intentar acotar, de un modo más preciso, el concepto de personal directivo (el caso vasco destaca por encima del resto)⁹.

La *tercera puntualización* que resulta obligado formular, siempre en lo que concierne a las Comunidades Autónomas, es que algunas de ellas (señaladamente Galicia, Baleares y Castilla y León)¹⁰ han ido un paso más allá que la

⁸ V., SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General*, Tomo I, 2ª ed., Edit. Iustel, Madrid, 2009, p. 473.

⁹ Así es, en el art. 16 del Documento Técnico para la Elaboración del Anteproyecto de Ley de Empleo Público de Euskadi, en su versión de marzo de 2009, se define al directivo público profesional como: «...un empleado público que, bajo la dirección de los titulares de los órganos políticos de la respectiva Administración, y mediante el ejercicio de competencias propias o delegadas que comprometen a la organización, participa directamente en la formulación de las políticas públicas y desarrolla funciones de ejecución y provisión de servicios, dirigiendo equipos de personas, gestionando infraestructuras o medios materiales y ejecutando el presupuesto. Concretamente, les corresponderá a los directivos públicos profesionales el impulso de la ejecución de las decisiones adoptadas por los órganos políticos, la planificación y coordinación de actividades, evaluación y propuesta de innovación y mejora en relación con los servicios y actividades de su ámbito competencial». Véase, sobre las distintas definiciones de personal directivo contenidas en los proyectos de ley catalana, castellano-manchega y valenciana, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Régimen jurídico aplicable al personal laboral de las Administraciones Públicas en el nuevo contexto normativo autonómico», *documento de trabajo presentado en el Grupo de Investigación para el Estudio sobre el Empleo Público del INAP*, febrero 2010 (inédito).

¹⁰ En efecto, en el caso de Galicia, la aportación que introduce su Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de la Función Pública de Galicia, es la de recuperar el diploma de directivos para ocupar puestos de la Administración gallega por libre designación, pues, según determina su art. 29.2: «Por este sistema se cubrirán aquellos puestos que así se determinen en las relaciones de puestos de trabajo. Para el desempeño de puestos de trabajo de libre designación que así se determinen en las relaciones de puestos de trabajo, atendiendo a la función a desempeñar, será requisito necesario estar en pose-

Administración y el legislador estatal, introduciendo algunas «singularidades de régimen directivo» (p. ej., recuperando el diploma de directivos o articulando un sistema de evaluación por desempeño, cuya validez, dicho sea de paso, resulta en nuestros días incierta)¹¹ y sobre las cuales, quizá, valdría la pena reflexionar.

Continuando con el espacio autonómico, existe una *cuarta puntualización* que conviene no pasar por alto, a saber: que el art. 150.1, letra a) del Estatuto de Autonomía de Cataluña (declarado constitucional por STC 31/2010, de 28 de junio, Pleno) determina que «...corresponde a la Generalitat, en materia de organización de su administración, la competencia exclusiva sobre: (...) La estructura, la regulación de los órganos y directivos públicos, el funcionamiento y la articulación territorial». Este precepto, como bien ha señalado la doctrina (por todos Jiménez Asensio)¹², plantea no pocas dudas en cuanto a si otorga (o no) cobertura estatutaria suficiente como para entender no aplicada a esta Comunidad Autónoma las previsiones sobre personal directivo contenidas en el EBEP. Lo cual, dicho sea entre paréntesis, tampoco tendría demasiada trascendencia (pues la apelación que el artículo 13, primer párrafo, del EBEP realiza a los ejecutivos central y autonómicos lo es con carácter meramente voluntarista).

Finalmente, la *quinta y última* de las precesiones que cabe formular en cuanto a la dificultad que representa el carecer de un concepto acabado de personal directivo profesional es que, al contrario de lo que cabría suponer, el artículo 13.1 del EBEP no la resuelve en modo alguno. Así es, como más adelante se explicará, definir al personal directivo profesional como lo hace el artículo 13.1 del EBEP, esto es, como aquél que desarrolla funciones directivas profesionales definidas como tales en las normas específicas de cada Administración, no nos permite identificar, apriorísticamente, quién sea este personal en el seno de la Administración General del Estado, como tampoco del resto de Administraciones públicas.

Hecho este paréntesis, retomemos el hilo inicial de nuestro discurso para explicar la *quinta dificultad* que acompaña al debate directivo, a saber: que *carecemos de un régimen jurídico propio de directivos en el Ordenamiento administrativo español*. En efecto, como se deduce de lo dicho hasta aquí y en el caso del Estado (aunque también en el de las Comunidades Autónomas y la

sión del diploma de directiva o directivo expedido por la Escuela Gallega de Administración Pública o equivalente dado por otras instituciones públicas que habilite para el ejercicio del puesto de trabajo de que se trate». Por una opción muy similar se ha decantado *el legislador balear*, en su Ley 3/2007, de 27 de marzo, de Función Pública, art. 35.3. Por su parte, *la Ley de Castilla y León*, distanciándose de las anteriores, ha innovado en esta materia introduciendo un sistema de evaluación de directivos. Sistema que, dicho sea de paso, parece contradecir el espíritu –e incluso la letra– del EBEP y que, literalmente, es configurado en su art 70.

¹¹ Nos estamos refiriendo, nuevamente, al caso del artículo 70 de la Ley de Castilla y León 7/2005, de 27 de marzo, de Función Pública, en virtud del cual se establece un sistema de evaluación del desempeño del personal directivo profesional de dudosa legalidad puesto en relación con distintos preceptos del EBEP.

¹² V., JIMÉNEZ ASENSIO, R., *Directivos públicos*, Edit. IVAP, Oñati, 2006, p. 139.

Administración Local), el régimen jurídico de los directivos públicos se ha ido gestando —o al menos así parece— a empellones. Es decir, no como el resultado de una solución querida y ordenada por el legislador básico en la dirección de dotar a éstos de un estatus jurídico singularizado y nítido, sino como una suerte de precipitado normativo irreflexivo y por aluvión. Como una suerte de *colage* de regímenes jurídicos en el que encontramos principios, reglas y preceptos procedentes de distintos sectores del Ordenamiento administrativo (organización, empleo público, etc.) y que, básicamente y siguiendo a Jiménez Asensio¹³ en este punto, a duras penas puede sistematizarse en *dos categorías principales*, a saber:

- *Regímenes directivos de Derecho público*, de los que formarían parte, a su vez, el régimen jurídico de los altos cargos (directivos); el del personal eventual («gabinetistas»); y el de los directivos funcionarios o personal directivo *stricto sensu*.
- *Regímenes directivos de Derecho privado*, donde tendrían cabida los directivos públicos sometidos al Derecho del trabajo mediante la firma de un contrato laboral; por lo común, de alta dirección.

En este estado de cosas, *no hay ni se puede hablar con propiedad de un régimen jurídico directivo* —como tampoco de una única noción de directivo público—, sino que nos vemos obligados a operar con una amalgama de distintos regímenes que, agrupados sobre la base de diferentes criterios, son considerados merecedores de tal nombre; en atención —eso sí— al hecho indubitado de que todos sus integrantes desempeñan funciones calificadas como directivas en el seno de las distintas Administraciones Públicas.

Amén de lo anterior, y como *sexta dificultad* que acompaña cualquier intento de aproximación y/o establecimiento del régimen jurídico del personal directivo profesional, cabe mencionar que, como se dijo más atrás, *el directivo público constituye para el legislador estatal un objeto susceptible de ser regulado tanto desde las leyes de la función pública como —sobre todo y principalmente— desde las normas atinentes a la organización*. En efecto, la carencia de certidumbres en nuestro Ordenamiento acerca de la «materia directiva» se ve incrementada por esta nueva eventualidad, pues es lo cierto que la regulación de los regímenes jurídicos directivos se halla fraccionada —y no necesariamente por mitad— entre la normativa de función pública y la legislación de organización administrativa. De donde se deducen, a su vez, dos interesantes y distintas derivadas:

- a) Que la averiguación exacta de cuál sea el régimen jurídico de ciertas clases de personal directivo en la AGE (p. ej., Subdirectores Generales) va a exigir de la previa consulta, *no sólo de las leyes sobre organización*

¹³ Vid., JIMÉNEZ ASENSIO, R., *Altos cargos y directivos públicos. Un estudio sobre las relaciones entre política y administración en España*, 2ª ed., Edit. IVAP, Oñati, 1998, pp. 133 y ss.

(*LOFAGE, sin ir más lejos*), sino también y en no menor medida de la toma en consideración de las previsiones contenidas en la normativa de función pública que resulten de aplicación (EBEP, LMRFP, LFCE, reglamentos de desarrollo, etc.), ya que la primera se remite, en no pocos casos, a la segunda (v., p. ej., art. 19.2 de la LOFAGE).

- b) Que, en lo que a los directivos públicos se refiere, el orden de *reparto de competencias* entre Administraciones Públicas admite distintas combinaciones posibles –todas ellas legítimas–, a resultas de si el aspecto concreto del régimen jurídico directivo considerado encuentra acomodo, o no, dentro de la materia organización; o, por el contrario, se sitúa en el ámbito específico de la materia «empleo público».

Vaya por delante que, a día de hoy y como ha señalado la doctrina (por todos Palomar Olmeda)¹⁴, las leyes de organización todavía «llevan la delantera» a las de empleo público en este punto. Es en aquéllas, en efecto, donde aún en nuestros días (después de la publicación del EBEP) encontramos la práctica totalidad del régimen jurídico del personal directivo (acceso, ejercicio y cese), por extraño que resulte. De ello se colige, además, que aunque el EBEP haya supuesto una cierta inversión de esta tendencia en la materia no cabe descartar que, a corto y medio plazo, tengamos que seguir acudiendo a las leyes y reglamentos de «lo organizativo» para conocer el régimen jurídico del personal directivo profesional. Porque es lo cierto, y es éste un elemento sobre el que conviene reflexionar, que la regulación de esta singular clase de personal al servicio de la AGE es, desde luego, una cuestión que incumbe tanto o más a la organización que al sistema de empleo público; con las importantes implicaciones que de ello se puedan derivar.

Por último, y como *séptima dificultad* u obstáculo que lastra cualquier intento de aproximación-establecimiento del régimen jurídico del personal directivo profesional, resulta obligado aludir al hecho de que la Administración General del Estado *ni tan siquiera ha optado, no ya por un concreto régimen jurídico de aquel personal –que tampoco–, sino por un modelo típico de directivos públicos*. En efecto, con los mimbres de los que disponemos, resulta imposible afirmar que la AGE disponga de un modelo de directivos estándar (cerrado, abierto, etc.). Nos encontramos ante un nivel político-administrativo en el que, según ha quedado dicho, no se ha reflexionado lo suficiente sobre el modo y forma de articular las relaciones entre política y Administración en su seno. Un nivel político-administrativo que, por otra parte, dista mucho de haber adecuado el régimen jurídico de su personal (directivo) a las exigencias derivadas del discurso modernizador. Un nivel político-administrativo, por lo demás, que no se ha ocupado como debiera de ofrecer un concepto acabado de lo que sea un di-

¹⁴ V., PALOMAR OLMEDA, «El modelo de directivos públicos en la Administración General del Estado (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2005)», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año. XVI, núm. 700, 9 de marzo de 2006, pp. 8 a 10.

rectivo público. Un nivel político-administrativo que, en puridad, no permite hablar de un único régimen jurídico directivo. Y un nivel político-administrativo, en fin, que llegado el momento de ordenar sus «figuras directivas», ha optado por instalarlas en una suerte de tierra de nadie, a mitad de camino entre las leyes de organización y las normas de empleo público.

Ante este cúmulo de circunstancias, y a la luz del confuso conglomerado de regímenes jurídicos y directivos resultantes, no cabe afirmar en propiedad que exista un «modelo» de dirección pública de la AGE. O no, al menos, que dicho modelo se ajuste a ninguna de las clasificaciones al uso (Jménez Asensio)¹⁵. Es por todo ello que resulta imposible determinar si el erróneamente llamado «modelo directivo AGE» es un modelo profesional (donde el acceso, ejercicio y cese de sus directivos se rige, exclusiva o principalmente, por los principios de mérito, capacidad, etc.); si, por el contrario, estamos ante un modelo politizado (esto es, caracterizado por la ocupación política pura de los puestos del vértice administrativo); o si, en última instancia, responde a la definición de los llamados «modelos cerrados» (donde, al estilo francés, los cargos directivos se encuentran reservados a los más altos funcionarios de los cuerpos de élite de la Administración: «enarcas»).

Ahora bien, el hecho de que el «modelo directivo AGE» no responda o no pueda ser encuadrado en ninguno de los arquetipos puros de dirección-gestión pública no quiere decir, empero, que no presente una serie de características identificativas o propias que resulta obligado conocer; y que, dicho sea entre paréntesis, se repiten en no pocos casos autonómicos (efecto, sin duda, del mimetismo antes comentado). Estas características serían las siguientes:

1. *Una marcada tendencia a la politización-precarización de esta clase de personal*, pues, en la mayor parte de los casos, los elementos centrales del régimen jurídico directivo AGE (acceso, ejercicio y cese) dependen *de la confianza política o personal* que el titular del órgano político que ostenta la competencia de nombramiento deposita en el detentador del cargo directivo sobre el que aquélla recae. De esta suerte, y como es fácil colegir, la consecuencia inmediata y más acostumbrada de la pérdida de esta confianza no es otra que el cese del directivo en su puesto.

2. *Una señalada propensión hacia el «elitismo» funcional*. Así es, al menos en lo que concierne al acceso y aunque de un modo menos intenso que en Francia, los puestos directivos de la Administración General del Estado español quedan reservados –normativa o fácticamente– a aquellas personas que reúnan la condición de funcionario de carrera a los que se exige para su ingreso el título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente. Es decir, funcionarios del actual Subgrupo A1, por lo general de las distintas administraciones públicas, con algunas contadas excepciones (salvedad hecha, por ejemplo, de

¹⁵ V., JIMÉNEZ ASENSIO, R., *Directivos públicos*, Edit. IVAP, Oñati, 2006, pp. 39 y ss.

los Secretarios Generales, que pueden ser elegidos entre «ajenos» a la Administración, y, de un modo distinto y condicionado, también los Directores Generales, siempre y cuando así lo establezca el Real Decreto de estructura del Departamento correspondiente). Esto último, por cierto, ha dado lugar a no pocos problemas, no siempre felizmente resueltas por el Tribunal Supremo y de los que resulta imposible dar cuenta en este momento.

3. *Como contrapunto necesario y final a lo anterior, se observa un cierto «giro hacia la profesionalización» del sistema de dirección pública en el último lustro.* En efecto, cada vez más el «modelo directivo AGE» ha dado cabida a aquellos principios y criterios que son característicos de los sistemas profesionales, como es el caso de: la eficacia, la eficiencia, la calidad administrativa, un acceso basado en el mérito y la capacidad, la responsabilidad por la gestión, el establecimiento de un eventual mecanismo de evaluación del desempeño, etc., que resultan típicos de la modernización. A este respecto, tanto el artículo 23 de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales, como el art. 13, apdos. 2 y 3, del Estatuto Básico del Empleado Público, constituyen dos buenos ejemplos de ello.

En suma, y a modo de conclusión, se puede afirmar que, aun resultando una cuestión sumamente trascendente –o quizá por ello–, *el eventual establecimiento de un régimen jurídico del personal directivo profesional (así como cualquier intento de aproximación o estudio de la temática directiva) choca con formidables obstáculos y resistencias que no es fácil superar. Obstáculos y resistencias que derivan de la concurrencia de hasta siete dificultades distintas, que resultaría imposible –e incluso imprudente– desconocer y que son:* a) el lamentable estado de abandono doctrinal en el que se encuentra este tópico administrativo todavía hoy; b) la vis poliédrica que lo caracteriza y lastra; c) derivado de ello, su imposible acomodo dentro de una sola de las ramas o sectores en los que tradicionalmente se divide el estudio y ordenación del Derecho Administrativo; d) la inexistencia de un concepto normativo acabado y claro de lo que sea el personal directivo profesional, que consienta su identificación apriorística; e) la ausencia de un régimen jurídico de directivos *stricto sensu*, esto es, un sistema que vaya más allá de la mera agregación inopinada de regímenes jurídicos diversos y dispersos aplicables al personal que ocupa este tipo de puestos; f) su emplazamiento en una suerte de tierra de nadie gobernada tanto por las normas que rigen la organización como por aquellas otras que presiden el empleo público; y g) el hecho de mostrarse como «un modelo sin modelo», cuyos rasgos distintivos son los propios de una suerte de *spoils system* cerrado o tendencialmente cerrado, con algunas pinceladas de profesionalización.

Con todo, este cúmulo de dificultades y obstáculos *no puede utilizarse por más tiempo como excusa permanente por quienes están llamados a establecer –si quiera potestativamente– el régimen jurídico de esta clase de personal.* En efecto, se quiera o no, resulte más o menos difícil, lo cierto es que, si nos creemos el discurso modernizador, debemos colegir que la Administra-

ción General del Estado necesita de unos «nuevos gestores públicos». O, dicho de otro modo, de un modelo nuevo de dirección pública que favorezca el alumbramiento de un personal directivo verdaderamente profesional. Un personal que, al frente de ciertos puestos de vértice de la Administración, sea capaz de imbuirse de los valores y principios de la modernización-innovación (eficacia, eficiencia, calidad, responsabilidad por los resultados, etc.); y, al mismo tiempo, de trasladar estos modos de hacer y de entender al resto de empleados públicos, así como a las piezas y elementos que integran la organización. De lo contrario, poco o muy poco habremos avanzado en el camino hacia la efectiva modernización de la AGE.

Somos de la opinión, por último, de que ello no resultaría tan difícil ni, desde luego y tras el EBEP, el algo que resulte irrealizable. Tan sólo hace falta, a nuestro juicio, una buena dosis de voluntad política y algo de (pre) visión a medio y largo plazo de las ventajas que reportaría para todos (ciudadanos, interés general, la propia Administración del Estado, el nivel político, los empleados públicos, etc.) la implementación de un sistema en clave profesional. Ahora bien, para ello es requisito indispensable poseer un previo conocimiento del estado de la cuestión directiva y, en particular, del régimen de acceso, ejercicio y cese de directivos antes y después del EBEP. Porque, en efecto, no se puede articular un nuevo y distinto modelo de dirección pública (tendencialmente profesional) pasando por alto de dónde venimos –inclusión hecha de los errores y aciertos cometidos–, dónde estamos y hacia dónde vamos (personal directivo EBEP).

4. EL PERSONAL DIRECTIVO AGE ANTES DEL EBEP: CARACTERES GENERALES DE SU RÉGIMEN JURÍDICO DE ACCESO, EJERCICIO Y CESE

Dado el carácter poliédrico de esta cuestión, al que antes nos referíamos, su imposible incardinación en una sola de las ramas en las que tradicionalmente se divide el Derecho administrativo y su ubicación a mitad de camino entre la organización y el sistema de empleo público, *el régimen jurídico del personal directivo AGE antes del EBEP –y también después– no se halla contenido en una única norma, sino que resulta de la toma en consideración de distintos preceptos contenidos en diferentes leyes administrativas* encuadradas, a su vez, en desiguales órdenes administrativos. A saber: la normativa sobre empleo público y aquella otra referida a la organización.

No obstante, y como venimos de evidenciar, en lo que concierne a los directivos públicos de la Administración General del Estado (y por imitación a los de las Comunidades Autónomas) son *las leyes de Gobierno y, en particular, las de organización* las que constituyen el punto de partida necesario. Así es, cuando de la Administración estatal se trata, resulta obligado acudir a la norma básica de referencia en materia de organización para descubrir el régimen jurídico

de acceso, ejercicio y cese de la mayor parte de su personal directivo, esto es, a la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE). Una ley que demuestra, por lo pronto, que el legislador administrativo estatal continúa considerando la temática directiva como una cuestión que se enmarca principalmente *dentro los asuntos relativos a la organización* (y no dentro de los referidos al empleo público o de personal). Y una ley que, por lo demás, ha de ser completada e interpretada a la luz de las previsiones contenidas en otros textos normativos, tales como: a) la Ley 50/1997, de 29 de noviembre, del Gobierno (LG); b) la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y otros Altos Cargos de la Administración General del Estado (LCD)¹⁶; y c) la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales para la Mejora de los Servicios Públicos (LAAEE), por citar tan solo algunas.

En suma, es esta amalgama de disposiciones organizativas, junto aquellas otras atinentes al empleo público (Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública, Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado y los Reales Decretos 364 y 365, ambos de 10 de marzo 1995, en materia de ingreso y profesión fundamentalmente), las que dan forma al régimen jurídico del personal directivo de la Administración General del Estado; al menos, en lo que incumbe a su acceso, ejercicio y cese antes de la entrada en vigor del EBEP, y hasta que se adopte, en su caso, la ley de desarrollo del mismo (incluidas las previsiones de su artículo 13). Un acceso, ejercicio y cese al nivel directivo AGE que, como ya sabemos, se va a caracterizar por un alto grado de discrecionalidad a disposición del titular del órgano político que procede al nombramiento y que, en lo que ahora nos interesa, constituye uno de sus rasgos definitorios.

Así es, como de inmediato se leerá, *uno de los elementos que singularizan al personal directivo AGE es su provisionalidad en el puesto*; o, más exactamente, que la forma de provisión de los cargos de carácter directivo lo será libre o por libre designación (que no son sinónimas). De manera distinta, pues, a lo que establece la regla general normativamente instituida en esta materia (por concurso). De hecho, la intensidad de este dato como indicador del nivel de dirección es tal que bien podría afirmarse que allí donde hay provisión libre o libre designación casi con total seguridad existe un puesto de carácter directivo.

Pero no podemos detenernos ahora en estos particulares y sí centrarnos en el objeto principal de este epígrafe: exponer, de manera ordenada y sintética, el régimen jurídico de acceso (inclusión hecha de la formación), ejercicio y cese del personal directivo antes de la entrada en rigor del EBEP.

¹⁶ Ley que ha sido desarrollada por el Real Decreto 432/2009, de 27 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado.

4.1. Acceso y formación directiva

En cuanto al régimen de *acceso*, comencemos por señalar que *el mal llamado «modelo directivo AGE» no establece o regula una forma de acceso concreta ni reglada a la categoría directiva; y, lo que es peor, tampoco exige ni favorece una adecuada formación de esta índole con carácter previo*. En efecto, comenzando por la formación directiva, conviene advertir que *no existen en España grandes escuelas nacionales de Administración Pública encargadas de la preparación de los candidatos a ocupar los puestos directivos al estilo ENA francés*.

Ahora bien, conviene puntualizar de inmediato que el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), así como sus homólogos en las Administraciones Autonómicas y de denominación muy heterogénea (como el Instituto Vasco de Administración Pública, la Escuela Gallega de Administración Pública, la Escuela de Administración Pública de Cataluña o la Escuela de Administración Regional de Castilla-La Mancha, por citar tan sólo algunos ejemplos), han tratado de paliar aquella carencia –en muchos casos con más voluntad que medios– desarrollando actividades de formación inicial y continua en esta materia (cítese, p. ej., los cursos de directivos y de pre-directivos impartidos cada año por el INAP). Todo ello, con el loable propósito –de justicia es reconocerlo– de incrementar el perfil profesional de su personal directivo o de vértice.

Sea como fuere, esto no desvirtúa nuestra afirmación inicial, a saber: que, salvo contadas excepciones, en el ámbito AGE (y también en el de la gran mayoría de las Comunidades Autónomas) *andamos huérfanos de una adecuada y coherente –con el discurso modernizador– política de formación de directivos*, salvo por esta labor de mínimos que desarrollan aquellos centros e institutos a los que acabamos de referirnos. Centros e institutos que, a día de hoy y sin perjuicio de la virtualidad aplicativa que puedan llegar a tener los diplomas de directivos que éstos expiden en algunos casos (Galicia y Baleares serían un buen ejemplo), no determinan por sí mismos cuál sea el sistema de acceso, ni de selección de los puestos de dirección (contrariamente a lo que ocurre con la ENA en Francia o la SSPA en Italia). Estamos, pues, ante estructuras que pretenden favorecer –generalmente con un mero carácter voluntarista y salvedad hecha de los casos gallego y balear– que quienes ocupen los antedichos puestos tengan la oportunidad de formarse (antes o después) en habilidades y capacidades directivas.

Sin embargo, el acceso, en cuanto tal, sigue dependiendo fundamentalmente y en última instancia de la confianza (personal o de partido) que deposita el titular del órgano político en el sujeto llamado a ocupar uno de estos puestos (v., entre otros orell Ocaña)¹⁷. Es decir, en el mayor o menor grado de discrecionalidad que detenta el sujeto que procede al nombramiento o a la propuesta

¹⁷ V., MORELL OCAÑA, L., *El sistema de la confianza política en la Administración Pública*, Edit. Civitas, Madrid, 1994.

de nombramiento, dado que, en la práctica (y salvedad hecha, por ejemplo, de los cargos de Subdirector General y de Subdelegado del Gobierno en el ámbito de la Administración General de Estado), el poder para nombrar a los titulares de los órganos directivos queda en manos del Ministro del Departamento correspondiente, sin sujeción a un procedimiento o a unos criterios objetivos previamente establecidos. De este modo, la discrecionalidad de la que éstos disfrutaban para configurar el vértice de su respectiva organización departamental resulta muy amplia, cuando no absoluta (vid., p. ej., los Subsecretarios, Secretarios Generales, Secretarios Generales Técnicos y Directores Generales en el caso de la Administración Central).

Se argumentará de contrario, de una parte, que en todos los casos y según dispone el artículo 6.10 de la LOFAGE: «(...) Los titulares de los órganos directivos son nombrados, atendiendo a criterios de *competencia profesional y experiencia*, en la forma establecida en esta Ley...», por lo que, cuando menos, la idoneidad de los eventuales candidatos estaría asegurada. De otra parte, se rebatirá también que no cabe censurar en exceso el diseño directivo de la Administración General del Estado española habida cuenta de que, según la LOFAGE y con carácter general, el «aspirante a directivo» propuesto debe reunir *la condición de funcionario* de carrera de la Administración a los que se exige para su ingreso el título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente; es decir, funcionarios «de ingreso» del Grupo A o Subgrupo A1. Y se refutará a lo dicho en un principio, en fin, que no sólo con base en la libre designación o en la designación libre se pueden proveer los puestos de dirección, sino que también cabe hacerlo empleando el sistema del concurso.

Pues bien, no creemos que ninguno de estos argumentos o razones desvirtúe lo más mínimo nuestra afirmación inicial. Porque, en efecto y en respuesta a esta triple contraargumentación, tal vez convenga puntualizar que, por lo pronto, la genérica alusión que el artículo 6.10 de la LOFAGE formula a la competencia profesional y la experiencia del candidato tiene una escasa potencialidad limitadora de la discrecionalidad del órgano de designación, pues, si se lee con atención aquel precepto, se descubrirá que *prácticamente ninguna restricción se infiere del artículo 6.10 de la LOFAGE en lo que concierne a las facultades discrecionales de las que disfruta el titular del órgano designante*. Así es, el significado, contenido y alcance concretos de aquella genérica alusión contenida en este precepto a la competencia profesional y a la experiencia queda en manos de una posterior configuración legal. Configuración que –conviene no olvidarlo– aún no se ha producido, puesto que la LOFAGE no precisa cómo ni en base a qué criterios se determina la competencia profesional ni la experiencia del candidato elegido (y tampoco lo ha hecho ninguna otra previsión de índole reglamentaria). Así las cosas, y salvo aquellos supuestos en los que la inidoneidad de un candidato frente a otro resulte manifiesta, el artículo 6.10 de la LOFAGE no constituye un freno efectivo a la amplia discrecionalidad de la que disponen los titulares de los órganos políticos que tienen atribuida la competencia de propuesta y/o nombramiento de los titulares de los puestos de dirección.

A ello hay que añadir, en réplica a la segunda objeción antes apuntada, que *la exigencia de poseer la cualidad de funcionario del Grupo A (Subgrupo A1) del aspirante a directivo tampoco supone una cortapisa especialmente significativa con la que sujetar la discrecionalidad de la que disfrutaban estos titulares de los órganos políticos llegado el momento de nombrar o proponer el nombramiento del dirigente público; ni, mucho menos, garantiza su profesionalización*. Así es, de una parte, que el candidato propuesto deba poseer la categoría de funcionario de Grupo A o Subgrupo A1 (lo cual, dicho sea entre paréntesis, no se aplica a todos los puestos de dirección, vid., entre otros, los Secretarios Generales y los Directores Generales) no significa que la discrecionalidad del órgano político desaparezca ni disminuya, sino tan sólo que la lista de aspirantes se reduce y, dicho sea de paso, no demasiado, pues no faltan en la Administración General del Estado funcionarios de carrera a los que acudir y a quienes se les haya exigido para su ingreso el título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente, conforme al consabido aunque oficioso método del: «...¿sabes de alguien que?...». Esto es, de acuerdo a un mecanismo consistente, *grosso modo*, en que el titular del órgano político facultado para proceder a la propuesta y/o nombramiento del directivo público (a falta de un candidato propio), pregunta a uno o varios de sus otros dirigentes acerca de si conocen o no a algún funcionario de carrera del Subgrupo A1 (por lo general, con el que compartió en su momento curso de formación) si estaría interesado en ocupar la plaza directiva vacante. Un sistema que, con independencia de que en muchos casos ofrece resultados satisfactorios, dista mucho de aproximarse a aquel modelo de dirección tendencialmente profesional apuntado por el EBEP, la Ley de Agencias y, desde luego, a los que existen en otros países de nuestro entorno (p. ej., el Reino Unido).

Por lo demás, conviene hacer hincapié en que *no es lo mismo funcionarizar que profesionalizar*. En efecto, la exigencia de que los candidatos sean funcionarios con el más alto nivel de titulación no significa, de por sí, que el modelo se profesionalice sino, tan sólo, que el sistema se funcionariza o burocratiza. Porque es lo cierto que profesionalizar es algo más que funcionarizar, pues va «más allá» o, como mejor lo ha expresado entre nosotros Villoria Mendieta, conviene tomar conciencia de una vez por todas (en particular los propios funcionarios de ciertos Cuerpos de la Administración) que: «...no es lo mismo ser un burócrata superior que un directivo público profesional...». De lo cual se deriva, a su vez y entre otras cosas, que no todo funcionario de estos grupos y cuerpos ha de ser, por fuerza, un buen directivo público, ni promocionar, de modo automático, a aquella categoría, en el mal entendido sentido de que la progresión a los niveles directivos forma parte integrante de la carrera estándar del empleado público.

Por último, y en lo que concierne al contraargumento de que es también posible utilizar el *concurso* como fórmula de provisión de puestos directivos, quizá interese precisar aquí que *resulta tan infrecuente como inapropiado*. En efecto, de una parte, el uso del concurso en cualquiera de sus variantes como mecanismo

para proveer los puestos de dirección en la Administración General del Estado resulta casi anecdótico. De hecho, basta repasar el listado de nombramientos de puestos de carácter estrictamente directivo de los últimos años en el BOE (en particular tras cada cambio de Gobierno o remodelación ministerial) para darse cuenta de que, en la gran mayoría de los casos, los cargos de Subsecretarías, Secretarías Generales (en su caso), Direcciones Generales, Secretarías Generales Técnicas y Subdirecciones Generales (por limitarnos a la Administración Central del Estado) han sido cubiertos con base en el sistema de designación libre y de libre designación, y no conforme al sistema del concurso. Por lo demás, y de otra parte, debe señalarse que el concurso no constituye de por sí ninguna panacea profesionalizadora, al menos desde el punto de vista de la lógica de la modernización administrativa. Así es, de un lado, este sistema de provisión no asegura que el concursante finalmente elegido posea las cualidades directivas necesarias para desempeñar sus nuevos cometidos con garantías. De otro lado, el concurso añade un lastre de fijeza o rigidez al sistema (recordemos que resulta ciertamente dificultoso remover al promovido por concurso en su puesto), lo que en nada ayuda a incorporar uno de los principios básicos de cualquier sistema directivo profesional que se precie: la flexibilidad, entendida las más de las veces como detención por períodos tasados de tiempo de los cargos directivos.

Así pues, y a la luz de estos nuevos planteamientos, *nos reafirmamos en que no cabe negar que el requisito principal de acceso a los puestos directivos de la Administración General del Estado, aún hoy, no es otro que el de poseer la condición de funcionario de carrera* (a los que se exige para su ingreso estar en posesión del título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente). Regla de la que, por cierto, escapan en el ámbito AGE los aspirantes a los puestos de Secretario General y, en su caso, de Director General en la Administración Central del Estado, así como los Delegados de Gobierno en la Administración Periférica (pues se admite que estos cargos directivos puedan ser cubiertos por personas ajenas a la Administración siempre y cuando posean aquella indefinida cualificación y experiencia exigidas). Y todo ello, sin contabilizar ahora a los directivos de la Administración en el exterior (sometidos a su normativa específica)¹⁸, ni a los «muy especiales» dirigentes de la Administración instrumental, algunos de los cuales (p. ej., los directivos de agencia) quedan sujetos a su propia regulación.

Establecido, pues, el requisito básico (titulación superior de ingreso) así como la lógica profunda del sistema directivo en nuestro país (la confianza política), conviene señalar que *el procedimiento de provisión o nombramiento preferido no*

¹⁸ En efecto, recuérdese que en el caso de los Embajadores y Representantes Permanentes ante Organizaciones Internacionales, éstos son nombrados por Real Decreto del Consejo de Ministros, previa propuesta del Ministro de Asuntos Exteriores y acreditación ante Su Majestad el Rey (con algunas pequeñas diferencias en el caso de los representantes permanentes ante Organizaciones Internacionales a resultas de su condición o no de embajador). V., arts. 13.1 y 18.1, entre otros, del RD 632/1987, de 8 de mayo, de Organización de la Administración General del Estado en el Exterior.

*es otro –como ya antes se ha apuntado– que la designación libre o designación «política» en casi todos los casos. Dicho en otros términos: la normativa de organización (y de empleo público) no establece un procedimiento reglado de provisión ni requisitos procedimentales específicos para ocupar un puesto directivo, más allá de la necesaria propuesta por parte del titular del órgano político al que dicho puesto queda subordinado y de satisfacer aquellos inespecíficos y genéricos requerimientos a los que alude el art. 6.10 de la LOFAGE. De este sistema, no obstante, quedan excluidos los cargos de Subdirector General y de Subdelegado del Gobierno en las provincias, para quienes el procedimiento de nombramiento no será el de designación libre sino el de *libre designación* (conforme a lo dispuesto en los artículos 19.2 *in fine* y 29.1 respectivamente de la LOFAGE); amén, claro está, de los dirigentes de la Administración del Estado en el exterior, sometidos a sus propios sistemas de provisión y nombramiento.*

Llegados a este punto, quizá no esté de más recordar que el artículo 20.1.b) y c) de la LMRFP (aún hoy aplicado) establece, de un lado, respecto de la libre designación que: «...Podrán cubrirse por este sistema aquellos puestos que se determinen en las relaciones de puestos de trabajo, en atención a la naturaleza de sus funciones. En la Administración del Estado, sus Organismos Autónomos, así como en las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sólo podrán cubrirse por este sistema los puestos de Subdirector General, Delegados y Directores Regionales o Provinciales, Secretarías de Altos Cargos, así como aquellos *otros de carácter directivo* o de especial responsabilidad para los que así se determine en las relaciones de puestos de trabajo.» De otro lado, la letra c) del artículo 20.1 de la LMRFP obliga: 1) a que las convocatorias con base a este sistema de provisión se publiquen; 2) a que en dicha publicación figuren una serie concreta de datos (denominación, nivel y localización como requisitos indispensables); 3) a la sujeción y respeto de un plazo para la formulación de solicitudes (quince días); y 4) a que el nombramiento venga precedido de un informe (obligatorio) por parte del titular del Centro, Organismo o Unidad al que el puesto directivo figure adscrito.

Así pues, e incluso tras la derogación parcial de este precepto, su sustitución por el art. 80 del EBEP y a la espera del desarrollo que del mismo hagan el Legislador estatal o autonómico, cabe concluir que los señalados anteriormente son, a día de hoy, los únicos requisitos formales y procedimentales que este particular sistema de provisión exige respetar, pues, de facto, la libre designación continúa constituyendo el mecanismo predilecto de cobertura de puestos directivos tras la entrada en vigor del EBEP.

Por lo demás, resulta igualmente oportuno reseñar que estos escasos requisitos procedimentales que configuran el sistema de libre designación, constituyen el único método de provisión de puestos directivos que limita, si quiera mínimamente, la discrecionalidad política del designante. En efecto, el simple dato de que sea necesaria la publicación de la convocatoria; que ésta esté sometida a plazo; que resulte igualmente obligatorio explicitar los requisitos que

cualifican el puesto; así como el deber de obtener un informe del titular del Centro, Organismo o Unidad correspondiente, constituyen los únicos elementos (de naturaleza formal y procedimental) que sujetan la discrecionalidad política del titular del órgano que ostenta la competencia de propuesta y/o nombramiento. Su virtualidad aplicativa, pues, aun no siendo demasiada, debe estimarse positiva a nuestro entender, ya que apunta en la dirección correcta (profesionalización del sistema) querida por el discurso modernizador y, en no menor medida, por el legislador estatutario del empleo público.

Para terminar, y en lo que concierne al *acto de nombramiento* en sí, creemos suficiente con señalar que, de ordinario, reviste la forma de *Real Decreto del Consejo de Ministros*, adoptado previa propuesta del Ministro o titular del Departamento competente. No obstante, y sin entrar ahora en las muchas variantes que la legislación especial introduce en este punto, existen múltiples excepciones a esta fórmula, incluso en la legislación (LOF)AGE. Así, por ejemplo, cabría citar a los Subdirectores Generales (que son designados por Orden Ministerial y no por Real Decreto), junto a los Subdelegados del Gobierno en las provincias (que son nombrados por simple resolución administrativa de la Delegación del Gobierno de la que van a depender).

En síntesis, y una vez expuestos los requisitos de acceso, procedimiento de nombramiento y forma del acto de designación, nos ratificamos en lo dicho en un principio: *la discrecionalidad política constituye el criterio principal de acceso a la categoría directiva stricto sensu en el ámbito AGE, no existiendo – como ha quedado demostrado más atrás– un procedimiento ni una forma específica y normativamente establecida de provisión de estos puestos directivos*. Así las cosas, se puede decir que la AGE ha optado por hacer uso de la libre designación o la designación libre como fórmulas paliativas de provisión de puestos directivos, a las que sigue un nombramiento –de ordinario– por Real Decreto de Consejo de Ministros. Todo lo cual –lamentamos decirlo–, sitúa al modelo de acceso AGE anterior al EBEP en las antípodas de lo que sería un verdadero sistema profesional de ingreso en el nivel de dirección.

4.2. El régimen jurídico de ejercicio y cese

No corre mejor suerte el régimen de ejercicio y cese directivo. En efecto, como cabía esperar –al menos en esto el legislador ha sido coherente–, a un nombramiento discrecional le sigue una lógica de cese igualmente discrecional y, por ende, un ejercicio de tareas de dirección fuertemente condicionado por esta circunstancia. Así es, por lo que respecta al *régimen de ejercicio y cese directivos*, que aquí trataremos en un mismo epígrafe por razones de economía expositiva, baste decir ahora que puede cambiar de un modo considerable en atención al juego de dos distintas variables, a saber: *a)* si el nombrado para ocupar el puesto directivo ostentaba o no la condición de funcionario de carrera; y *b)* si dicho puesto incorpora, o no, la cualidad de alto cargo.

En efecto, por lo que respecta al *régimen de ejercicio* es posible distinguir dos situaciones hipotéticas puras. De un lado, que el puesto de dirección sea ocupado por una *persona «ajena»* a la Administración, esto es, por sujetos que no mantienen con ésta ningún vínculo de carácter funcional o laboral, en cuyo caso el directivo público se someterá (durante el tiempo que dure su mandato) a la normativa administrativa que le resulte de aplicación (en particular, y si el puesto directivo ocupado incorpora la condición de alto cargo, a lo preceptuado en la LCI y su reglamento de desarrollo). Los efectos que, de otra parte, se derivarán del nombramiento en este tipo de situaciones por lo que atañe a la relación jurídico-laboral que el ahora directivo mantenía con la empresa, sociedad, etc., de proveniencia, vendrán dados por la específica normativa laboral que le resulte de aplicación (contrato de alta dirección, contrato ordinario, etc.), así como, en su caso, por lo determinado en su contrato individual de trabajo, cuestión ésta que no nos incumbe exponer en este sede. Sus funciones y cometidos directivos, en fin, serán los que normativamente se determinan en la LOFAGE y en los reales decretos por los que se establece la estructura interna del Departamento (o de creación del órgano directivo).

Muy diferente es el caso de que el directivo público ostente la cualidad de *funcionario de carrera* (la inmensa mayoría, por cierto, si recordamos que la LOFAGE «prefiere» a esta categoría de empleados públicos frente a los laborales y, desde luego, a los «ajenos» a la Administración), dado que aquél pasará a la situación de *servicios especiales*, sometiéndose en todo lo demás (incompatibilidades y ejercicio de tareas directivas) a un régimen muy similar al de los directivos no-funcionarios. De hecho, y como en el supuesto anterior, sus funciones de dirección serán aquellas que establece la LOFAGE, la reglamentación por la que se determina la estructura interna del Departamento y, en particular, por lo que a este respecto disponga la norma de creación del órgano. Señálese, para terminar, que en ambos casos (funcionarios y no-funcionarios) los directivos públicos se ven fuertemente mediatizados en su actuación por *la siempre presente amenaza del cese político*.

En efecto, en lo que concierne al *cese directivo en el ámbito de la Administración General del Estado*, cabe destacar que éste se caracteriza cabalmente por la misma y amplia discrecionalidad de la que disfruta el titular del órgano político que participó en su propuesta y nombramiento. Y ello, a pesar de que, con carácter general y según preceptúa el artículo 6.10 de la LOFAGE, a los directivos públicos (todos) les será de aplicación en el desempeño de sus funciones: *a)* la responsabilidad profesional, personal y directa por la gestión desarrollada; y *b)* estarán sujetos al control y evaluación de la gestión por parte del órgano superior jerárquico o directivo competente, sin perjuicio del control establecido por la Ley General Presupuestaria.

Dicho de otro modo: sin perjuicio de que, en apariencia y con base en el art. 6.10 de la LOFAGE, el directivo público tan sólo puede ser cesado por razones objetivas y relacionadas como un bajo rendimiento (o los resultados negativos

de su labor), en la práctica, lo cierto es que, habida cuenta de que la norma guarda silencio en cuanto al cómo y a cuáles sean aquellos procedimientos de evaluación y de exigencia de la responsabilidad, de facto, *el cese directivo se fundamenta en la pura y simple retirada de la confianza política inicial otorgada por parte del titular del órgano político*; es decir, en la pura y simple discrecionalidad «gubernativa» (que no arbitrariedad), camuflada bajo las vestes de las genéricas referencias del artículo 6.10 de la LOFAGE. De lo cual se colige, en fin, que el momento del cese podrá ser cualquiera y que cualquiera podrá ser también el procedimiento para su materialización, pues no existe tampoco – como ya sabemos – un sistema reglado de nombramiento (salvedad hecha de los supuestos de provisión de puestos directivos por libre designación y, sobre todo, por concurso). En suma: discrecionalmente se es nombrado directivo y discrecionalmente se es cesado, por lo que el status de esta singular categoría de personal al servicio de la AGE bien puede calificarse de precario y, en algunos casos, incluso fugaz.

En cuanto los *efectos de cese*, detengámonos tan sólo en el supuesto de que el cesado sea un funcionario de carrera que no ostenta la cualidad de alto cargo. Y ello, no sólo porque en buena lógica sea uno de los supuestos más frecuentes –que también–, sino por las trascendentales consecuencias que en este caso concreto acarrea el cese a diferencia de la situación en la que el destituido en el puesto es un «ajeno» a la Administración; o cuando dicho puesto incorporaba el carácter de alto cargo.

Así es, en esta segunda hipótesis, el funcionario cesado goza de un cierto «colchón» jurídico-económico que amortigua su caída, dado que, de un lado, disfruta de una suerte de derecho al reingreso activo en la localidad, condiciones y con las retribuciones correspondientes a la categoría, nivel o escalón consolidados (véase, art. 97.2 y 3 del EBEP y, con carácter previo, los arts. 7 y 8 del RD 365/1995, de 10 de marzo); y, de otro, va a percibir una «integridad por alto cargo» (art. 33 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado), desde dicha reincorporación o reingreso y mientras se mantengan en esta situación, consistente en el cobro de un complemento de destino correspondiente a su grado personal incrementado en la cantidad necesaria para igualarlo al valor del complemento de destino que para cada año fije la Ley de Presupuestos Generales del Estado para los Directores Generales. Por lo que su cese, en suma, resulta menos doloroso.

Otro tanto sucede cuando los cesados no ostentan la condición de funcionario de carrera. Así es, además de ser un supuesto mucho menos frecuente (ya que también son menos los cargos directivos «abiertos» a los foráneos a la función pública en el ámbito de la Administración General del Estado), se da la circunstancia de que cuando el cesado es una persona-empleado procedente del sector privado, la extinción de la relación que ésta mantiene con la Administración-empleadora (de ordinario a través de un contrato de alta dirección) se verifica, las más de las veces, por desistimiento de esta última, según y conforme

a lo establecido en el art. 11 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto. Es decir, de un modo relativamente cómodo para el cesado, que abandonará el puesto llevándose consigo una nada desdeñable indemnización; o, en su caso, podría forzar la readmisión¹⁹.

Pero centrémonos en aquel *cesado-funcionario de carrera que, además, no ha incorporado la cualidad de alto cargo como directivo*, pues, como antes se ha advertido, constituye un supuesto de cese muy habitual y, por lo demás, adquiere para aquél unas connotaciones especialmente negativas. En efecto, si nos atenemos a lo preceptuado en el art. 58. 2 del RD 364/1995, de 10 de marzo, y en el art. 7.1.a) del RD 365/1995, de 10 de marzo (a la espera de que se desarrollen las previsiones contenidas del EBEP), cuando un funcionario no-alto cargo es cesado en un puesto de libre designación será *adscrito provisionalmente* a un puesto de trabajo, en tanto no obtenga otro con carácter definitivo. Es decir, en estos casos el cese conllevará el trasunto del funcionario ex-directivo a la situación de adscripción provisional. De lo que cabe extraer dos consecuencias:

- a) Desde la sola perspectiva de los intereses profesionales del singular funcionario, *éste va a ver perturbada su carrera en la Administración*, pues, a raíz de su cese, estará obligado a «pelear» por su antiguo puesto y tratar de recuperar igualmente el tiempo perdido.
- b) De otro lado, y desde el punto de vista más amplio de los intereses administrativos y generales, conviene señalar que el cese de estos directivos resulta muy poco recomendable, pues conlleva la pérdida de recursos humanos que muy probablemente habrán adquirido habilidades y destrezas directivas durante el tiempo que ocuparon el puesto. En otras palabras: el cese de los titulares de los puestos de dirección, con base en criterios de estricta confianza, en este caso —como en los anteriores— supone *una merma de capital directivo*, lo que, en nuestra opinión y dicho sea entre paréntesis, constituye un lujo que la Administración General del Estado no debiera permitirse.

¹⁹ Recuérdese a estos efectos que el art. 11 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, establece: *a)* que el contrato de trabajo podrá extinguirse por desistimiento del empresario, comunicado por escrito, debiendo mediar un preaviso en los términos fijados en el artículo 10.1; *b)* que el alto directivo tendrá derecho en estos casos a las indemnizaciones pactadas en el contrato; *c)* que, a falta de pacto, la indemnización será equivalente a siete días del salario en metálico por año de servicio con el límite de seis mensualidades; *d)* que, en los supuestos de incumplimiento total o parcial del preaviso, el alto directivo tendrá derecho a una indemnización equivalente a los salarios correspondientes a la duración del período incumplido; *e)* que el contrato también podrá extinguirse por decisión del empresario mediante despido basado en el incumplimiento grave y culpable del alto directivo, en la forma y con los efectos establecidos en el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores; *f)* que, respecto a las indemnizaciones, en el supuesto de despido declarado improcedente, se estará a las cuantías que se hubiesen pactado en el contrato, siendo en su defecto de veinte días de salario en metálico por año de servicio y hasta un máximo de doce mensualidades; y *g)* que, cuando el despido sea declarado improcedente o nulo, el empresario y el alto directivo acordarán si se produce la readmisión o el abono de las indemnizaciones económicas previstas en el párrafo dos de este artículo, entendiéndose, en caso de desacuerdo, que se opta por el abono de las percepciones económicas.

De todo lo anterior se deduce, en fin, que *el directivo público que quiera ejercer sus tareas desde la tranquilidad deberá estar muy atento a no perder la confianza (personal o política) del titular del órgano designante* más que a cualquier otra variable. Porque es lo cierto –como venimos de exponer– que, atendido su régimen de nombramiento, ejercicio y cese, la acción del personal directivo se encuentra fuertemente mediatizada por la discrecionalidad que detentan los titulares de los órganos políticos inmediatamente superiores (Ministros y Secretarios de Estado). Tanto es así que, a nuestro entender, *la confianza junto con su derivada lógica (la discrecionalidad) constituye el rasgo típico e identificador del régimen jurídico del personal directivo AGE antes de la entrada en vigor del EBEP.*

Subráyese, en efecto, que aún hoy, y sin perjuicio de la lógica en cierto sentido opuesta que se infiere del art. 13.2 del EBEP, no cabe concebir al directivo público AGE (ni a su régimen jurídico) como algo separado y distinto a la libre designación, a la designación libre y, en última instancia, a la confianza, que constituyen los criterios ordenadores del entero sistema. Lo cual –y no es ésta cuestión baladí– trae consigo que el personal directivo profesional, más atento a no perder el favor (político o personal) de quien lo designa, pierde de vista el interés general que está llamado a servir (renunciado por el camino a la eficacia, a la eficiencia y a la calidad como principios rectores de su actuación), dando lugar, a su vez, a una de las más graves distorsiones (característica de los modelos politizados como lo es el de la Administración General del Estado), a saber: el alejamiento por parte de la clase directiva del espíritu de servicio objetivo al interés común o general. En estas circunstancias, no cabe duda de que en el régimen de acceso, ejercicio y cese de directivos, antes de la entrada en vigor del EBEP, no hay lugar para planteamientos serios de profesionalización, gobernanza o *leadership*. Lo que nos lleva a preguntarnos, ¿ha modificado el EBEP este estado de cosas?

5. EL «NUEVO» PERSONAL Y MODELO DIRECTIVO AUSPICIADO POR EL ARTÍCULO 13 DEL EBEP

Como ya dijimos al comienzo, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, en su artículo 13, *ha introducido la categoría de personal directivo profesional en la normativa sobre función pública de la Administración General del Estado*. Debido a ello, esta Administración (al igual que todas las demás incluidas en el ámbito de aplicación de la norma) ha intensificado el proceso de reflexión que desde hace tiempo venía desarrollándose en su seno acerca de la conveniencia, o no, de establecer el régimen jurídico de este tipo de personal.

En efecto, la aprobación del EBEP y la instauración del personal directivo profesional ha servido de acicate para que la Administración General del Estado, y más concretamente el Gobierno de la Nación, reconsideren los términos

en los que hasta ahora habían planteando el debate en torno a esta específica categoría de empleados a su servicio. El EBEP, de hecho, en su artículo 13 «invita» expresamente a los ejecutivos (estatal y también autonómicos) a establecer una regulación jurídica para esta categoría de personal con base, a su vez, en una serie de líneas directrices marcadas por el propio precepto. De modo que, con el fin justamente de facilitar dicho establecimiento, hemos creído oportuno consagrar las páginas que siguen a la exposición y análisis, si quiera breve, de los aspectos más destacados del artículo 13 del EBEP.

Ahora bien, antes de iniciar dicha exposición y análisis, debemos subrayar dos datos que consideramos trascendentes y en cierto sentido opuestos, como lo son:

1. *El hecho, en sí mismo considerado, de que la norma estatutaria opte por incluir al personal directivo profesional como parte integrante de sus contenidos.* En efecto, el mero encuadre de esta categoría de personal en el seno de la norma estatutaria y de cabecera del empleo público constituye, además de un hito histórico, un cambio de tendencia en la manera de concebir y pensar la temática directiva por parte del legislador estatal. Así es, con base en esta sola circunstancia puede afirmarse que la ordenación del régimen jurídico de los directivos públicos ha dejado de ser una cuestión meramente organizativa (Palomar Olmeda)²⁰ para serlo también –y en no menor medida– de empleo o de función pública; con las importantes derivaciones que, a todos los niveles (p. ej., de reparto competencial entre niveles administrativos), ello trae consigo.

2. La eventualidad de que, por contra, *el régimen estatutario de directivos resultará de aplicación, en su caso, tan sólo a una parte del personal al servicio de la Administración General del Estado;* más concretamente a aquéllos que ostentan la cualidad de empleados públicos, dejando al margen a los directivos públicos «ajenos» a la misma y procedentes del sector privado, sin perjuicio de las escuetas previsiones que a ellos se realizan contenidas en el artículo 13.4 del EBEP. Recuérdese, en efecto, que en el nivel de dirección de la AGE se dan cita distintos regímenes jurídicos (de Derecho público, de Derecho privado, etc.) y que, en su consecuencia, nos topamos con diferentes categorías de directivos (altos cargos, personal eventual, etc.). Pues bien, la ordenación estatutaria referida al personal directivo profesional EBEP lo es, únicamente, a los solos efectos de sistematizar el estatus jurídico del directivo-empleado público, sin interesar a la normativa sobre altos cargos, por lo que se niega la condición directiva al personal eventual y apenas se afecta al directivo proveniente del sector privado, como más adelante se verá.

Sentadas estas bases, entremos ya en materia y expongamos, de un modo breve pero acabado, los aspectos más reseñables del artículo 13 del EBEP. Re-

²⁰ Vid., PALOMAR OLMEDA, A., «El modelo de directivos públicos en la Administración General del Estado (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2005)», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año. XVI, núm. 700, 9 de marzo de 2006, pp. 8 a 10.

corriendo, como ya hemos hecho en otros trabajos²¹, todos y cada uno de los apartados y epígrafes que integran este precepto.

5.1. Sobre el párrafo primero del artículo 13

Habida cuenta de que este párrafo es objeto de análisis separado en otra parte de este libro, baste decir aquí:

1 Que, según el EBEP, *son el Gobierno y los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas los llamados a establecer (en desarrollo de la norma estatutaria) el régimen jurídico de su personal directivo*, así como los criterios para determinar su condición. De lo cual se deduce, a su vez: *a)* que queda en manos del poder ejecutivo y no del legislativo (al menos en principio) la concreta determinación del régimen jurídico de dicho personal; y *b)* que cabe suponer que, en su virtud, será la norma reglamentaria y no la ley (aunque ésta no pueda quedar excluida) la que de ordinario actúe como instrumento articulador de dicho régimen. Los reglamentos, en suma, son puestos así en valor a la luz de esta previsión estatutaria cuando del régimen de directivos se trata.

2. Que el establecimiento del régimen jurídico del personal directivo por parte de las Administraciones Públicas conforme a la norma estatutaria, inclusión hecha desde luego de la Administración General del Estado, constituye *una mera posibilidad y no un imperativo legal*. Esta circunstancia –como ha quedado explicado en otro capítulo de esta obra– se nos antoja sumamente trascendental, pues, conviene insistir en que el EBEP no obliga al Gobierno de la Nación (en primera instancia), como tampoco al Legislador del Estado (si esta fuera la opción escogida), a establecer el régimen jurídico del personal directivo AGE. De lo que se deduce, a su vez, que cada Administración pública (incluida por supuesto la estatal) será la que, habiendo examinado sus singularidades y necesidades gerenciales –y en la Administración General del Estado las hay, y muchas–, deba adoptar la decisión primera de articular, o no, el régimen jurídico de su personal directivo profesional. Ello se entiende mejor si tenemos en cuenta que subyace a la lógica profunda del EBEP su auto-proclamado carácter de mínimos y de norma flexible, rompiendo la línea de detallismo mantenida hasta no hace mucho por el legislador básico estatal en materia de empleo público.

3. Que, en todo caso y si finalmente los Ejecutivos se deciden a instaurar el régimen jurídico de su personal directivo, deberán hacerlo –eso sí– con base en los principios contenidos en el artículo 13 del texto estatutario. Contenidos que se explicitan en los apartados 1, 2, 3 y 4 de este precepto.

²¹ Vid., MAESO SECO, L.F., «El personal directivo: comentarios al artículo 13 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público», en Ortega Álvarez, L., *Estatuto Básico del Empleado Público*, Edit. La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2008, pp.107 a 174.

5.2. Sobre los apartados 1, 2, 3 y 4 del artículo 13 del EBEP

Como venimos de señalar, constituye una mera prerrogativa a favor del Gobierno de la Nación, en primera instancia, y del Legislador Básico Estatal, en segunda, establecer o no el régimen jurídico del personal directivo profesional al servicio de su Administración. Ahora bien, si dicha prerrogativa se ejerce, ya sea por el uno (Gobierno) ya sea por el otro (Legislador), el EBEP determina que deberá respetar, cuando menos, los principios siguientes.

Por lo pronto, y desde un punto de vista estrictamente conceptual (artículo 13.1 del EBEP), el dato de que será *personal directivo aquél que desarrolle funciones directivas profesionales en el seno de la Administración General del Estado, definidas como tales en sus normas específicas*. Dicho de otra forma: no queda ya en manos del regulador de desarrollo del EBEP la noción básica de personal directivo, que se identifica con aquella parte de los empleados públicos al servicio de cada Administración que, según su propias normas (cabe deducir que de organización y las más de las veces reglamentarias), tenga encomendado el ejercicio de la función directiva. En relación con este primer principio de actuación del régimen de directivos, habría mucho que decir, pero, con el fin de no resultar agotadores, baste señalar aquí: *a)* que esta definición de directivo público del artículo 13 del EBEP no ha resuelto felizmente el ya consabido dilema acerca de si la noción de directivo público debe serlo funcional u organizativa, pues, si bien pudiera parecer que el legislador del empleo público se ha decantado por la primera (al considerar directivo al personal que ejerce la función de dirección), lo cierto es que, a renglón seguido, el legislador estatutario vuelve a dejar en manos de las normas (principalmente organizativas y carácter reglamentario) el preciso señalamiento de qué es la función de dirección, y quién el personal directivo; y *b)* aun admitiendo que el artículo 13 del EBEP apuesta por una definición funcional del directivo público, ello nos conduciría a un callejón sin salida, pues, como bien ha señalado entre nosotros Jiménez Asensio²², cualquier tentativa de construcción de un concepto material o funcional de directivo público, si bien puede servirnos para descubrir algunos de sus rasgos identificadores, presenta –todavía hoy– unas dificultades insalvables.

En lo que atañe, de otra parte, a la *designación del personal directivo profesional*, preceptúa el art. 13.2 del EBEP que deberá atender a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, así como que se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y la concurrencia. Con ello, el texto estatutario abre la puerta –por fin– a uno de los elementos característicos de cualquier régimen directivo en clave verdaderamente profesional: la posibilidad de nombrar a los aspirantes a dirigente con base en los clásicos principios de mérito y capacidad; pero también, y lo que es aún más interesante, conforme al más reciente criterio de la idoneidad. Profundizando en esta línea, establece este

²² Cfr., JIMENEZ ASENSIO, R., «Funciones directivas y modernización...», ob. cit., p. 117.

apdo. 2 del artículo 13 del EBEP que todos estos principios se harán valer en el seno de un procedimiento –cabe esperar que reglado–, con las debidas garantías de publicidad y de concurrencia. Así las cosas, tan sólo queda esperar que la Administración General del Estado y, en concreto, el Gobierno (o el Legislador) nacional hagan un buen uso de esta posibilidad y consigan arrinconar definitivamente uno de los rasgos-lastres más característicos del anterior régimen jurídico del personal directivo AGE. Es decir, que el Ejecutivo nacional articule un sistema de provisión de puestos que no esté basado ante todo y sobre todo en la confianza (personal y política) y que no adopte como forma procedimental de nombramiento la designación libre y la libre designación.

Por lo demás, el art. 13.3 del EBEP añade que el personal directivo profesional deberá estar sujeto a *evaluación* con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de los resultados en relación con los objetivos que les hayan sido establecidos. Un mandato –que no una mera posibilidad–, que constituye una manifestación concreta de los valores-principios básicos de la modernización administrativa (eficacia, eficiencia y asunción de la responsabilidad derivada de la gestión de los asuntos públicos); principios, por otra parte, ya clásicos en nuestro Ordenamiento en lo que a la acción administrativa se refiere, a los que ahora añade el del control de los resultados en relación con los objetivos fijados. Un control, por cierto, que no será nada fácil establecer, pues, si arduo y laborioso resulta averiguar qué es un directivo público o cuáles son sus concretas atribuciones (directivas), más aún lo será medir su gestión en base a unos objetivos que –según cabe deducir del propio artículo 13.3 del EBEP– tendrán una naturaleza predominantemente política. En este estado de cosas, la colaboración y el recurso a las técnicas e instrumentos de la gestión pública, la psicología, etc., resultarán imprescindibles llegado el momento de diseñar el régimen jurídico de directivos.

Por lo que respecta al artículo 13.4 del EBEP, en su primer inciso, introduce como regla o principio general 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*. Esta regla o principio [reiterado posteriormente en el artículo 37.2, letra c) del mismo texto estatutario] encuentra explicación en el hecho cierto de que, reconocer capacidad para negociar al personal directivo, podría derivar en situaciones ciertamente paradójicas, extrañas, cuando no indeseadas, pues, llegado el momento de pactar sus condiciones laborales, sucedería que los directivos públicos habrían de sentarse a negociar entre ellos, dada su condición, a un tiempo, de empleados y representantes del empleador público.

En lo que concierne al *personal directivo laboral*, finalmente, el segundo inciso del artículo 13.4 del EBEP insta a *instaurar el principio de que aquél estará sometido a la relación especial de alta dirección* (una relación regulada por el RD 1382/1985, de 1 de agosto). Este principio, cabe decir ahora que si bien es cierto que hubiese sido posible barajar otras alternativas (pues no sólo a través

de esta modalidad contractual se entablan relaciones de dirección en el seno de la Administración General del Estado), la opción finalmente elegida por el legislador básico de empleo público no nos parece desacertada. Téngase en cuenta, en efecto, que el ejercicio de funciones de carácter directivo en el sector público y en régimen laboral coincide, en lo esencial, con el ejercicio de esas mismas funciones en el sector privado, donde cabalmente su régimen jurídico se halla regulado por el antedicho RD 1382/1985, de 1 de agosto. En cuanto a lo demás, de esta escueta previsión estatutaria se colige que el desempeño de tareas directivas no implica siempre y en todo caso la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas, dado que, de lo contrario y en virtud de lo establecido en el artículo 9.2 del EBEP, aquellas tareas deberían estar siempre reservadas al personal funcionario.

Éstos son, pues, los principios rectores del nuevo régimen de directivos apuntados por el EBEP. Unos principios de los que se infiere *una suerte de inversión de tendencia respecto del sistema de dirección política anterior y que, bien entendidos y mejor aplicados, consentirían al Gobierno de la Nación (o al legislador estatal) articular un modelo de dirección pública marcadamente profesional*. A la luz del EBEP, en efecto, ya no hay más excusas (jurídicas) para seguir manteniendo aquel sistema directivo AGE de *spoils system* preferentemente funcionarial que ha llegado hasta nosotros. Por el contrario, las previsiones contenidas en el artículo 13 de la norma estatutaria sientan las bases para que, si así lo estima oportuno el Gobierno (o el Legislador) central, la Administración General del Estado (cada vez más coordinadora, externalizada y llamada a moverse en el difícil e inseguro terreno que existe entre el nivel europeo y la cota autonómica y local) pueda dotarse de un personal directivo y de un modelo de dirección pública realmente profesionalizado. Es decir, en el que la formación, selección y nombramiento de directivos descansen sobre todo en los principios de mérito, capacidad y –por qué no– idoneidad; cuya actuación y ejercicio se halle vinculado a los resultados obtenidos; y en el que el cese no sea sino la consecuencia última de una evaluación negativa y previa de los mismos, a la luz de los objetivos que sean establecidos desde el nivel de dirección política. Todo ello significa, en fin, pasar de la funcionarización a la verdadera profesionalización, al que no había sucedido hasta ahora.

Señálese, para poner punto y final a este breve recorrido por los principios y contenidos más destacados de la regulación del personal directivo EBEP, que la *Disposición final tercera* de la norma determina que, por lo que respecta al *régimen de incompatibilidades* (Ley 53/1984, de 26 de diciembre), se modifica el apartado 1 del artículo 16, en el sentido de que: «*No podrá autorizarse o reconocerse compatibilidad al personal funcionario, al personal eventual y al personal laboral cuando las retribuciones complementarias que tengan derecho a percibir del apartado b) del artículo 24 del presente Estatuto incluyan el factor de incompatibilidad, al retribuido por arancel y al personal directivo, incluido el sujeto a la relación laboral de carácter especial de alta dirección*». Valga, pues, como aviso a navegantes.

6. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES PARA ARTICULAR UN EVENTUAL ÁRBOL DE TOMA DE DECISIONES EN LA MATERIA

A la vista de cuanto antecede, podríamos concluir diciendo que *la sociedad española, entendida ésta en un sentido amplio, reclama de la Administración General del Estado un cierto «giro gerencial» y hacia la profesionalización*. Giro que ésta pretende lograr a través de un enésimo intento de modernización-innovación de la misma. Dicho de otro modo: la colectividad nacional (ciudadanos, sindicatos e incluso entidades financieras y empresas) exige de la Administración General del Estado el logro de mayores cotas de eficacia, eficiencia y calidad en su obrar cotidiano, especialmente en un escenario como el presente –de crisis económica– donde la reglas y lógicas del mercado se han revelado insuficientes para resolver los problemas por ellas mismas generados; en el que se ha percibido, con mayor claridad si cabe que en otros momentos de nuestra historia reciente, que los recursos presupuestarios disponibles no son ilimitados; y cuando, en fin, se ha certificado que los avances y frutos del Estado Social sólo podrán mantenerse si la Administración es capaz de hacer lo mismo (o incluso más) con menos.

En este estado de cosas, *el alumbramiento de una nueva clase de directivos públicos, con un perfil marcadamente profesional (y no sólo funcionarial), se torna una tarea ineludible*. En efecto, si la Administración General del Estado pretende en verdad dar aquel «giro gerencial» y hacer más con menos, habrá de operar desde la atalaya de la modernización-innovación de sus procedimientos, estructuras y personal; y deberá contar, sin duda y entre otras cosas, con unos dirigentes imbuidos de estas nuevas lógicas de eficacia, eficiencia, calidad, etc., capaces, asimismo, de trasladarlas al resto de los empleados públicos y elementos de la organización.

Para ello, a su vez, será *necesario articular un régimen jurídico del personal directivo cubierto de este nuevo «barniz profesional»*, con la intención, justamente, de que éste desempeñe el papel clave que está llamado a cumplir (en tanto que eslabón de engarce entre el nivel político y el estrictamente administrativo) en un escenario de cambio acelerado y constante como es el que resulta de la modernización-innovación en nuestros días.

Ahora bien, *lo anterior no resulta tarea sencilla, dado que la «cuestión directiva» constituye, a un tiempo, un argumento delicado y un objeto de regulación extremadamente complejo y difícil*. Nótese, en efecto y de una parte, que la temática directiva se encuentra vinculada al debate acerca de las relaciones entre política y Administración y, en no menor medida, al proceso de modernización-innovación al que acabamos de aludir. Por este motivo, y en lo que ahora nos interesa, su ordenación o eventual modificación supone también ordenar y resolver, con carácter previo, estos dos problemas e incógnitas clave del sistema político-administrativo español.

A esta dificultad primera o de planteamiento se añade, de otra parte y suponiendo que el Legislador o el Ejecutivo estatal estuviesen realmente interesados en acometer este empeño, el hecho de que deberán estar dispuestos a enfrentar un buen número de obstáculos, tales como: *a)* el dato de que la cuestión directiva constituye un tema no demasiado estudiado por la doctrina y, en su consecuencia, respecto del que existen pocos referentes teóricos válidos; *b)* la circunstancia de que esta cuestión presenta una *vis* poliédrica que imposibilita su eventual incardinación en una sola de las áreas en las que tradicionalmente se divide el Derecho administrativo, impidiendo, por ejemplo, determinar si nos encontramos ante un asunto que atañe a la organización o al empleo público; *c)* asimismo, convendrá tener en cuenta que hoy por hoy carecemos de un régimen de personal directivo profesional *stricto sensu*, más allá de la amalgama de valores, principios y normas de distinta índole y procedencia que a duras penas logran sistematizarlo; y *d)* que, finalmente y por el momento, puede afirmarse que no disponemos ni de un personal directivo profesional ni de un modelo de gerencia pública claramente definido, dado que, ni existe una noción acabada del primero ni tampoco se ha optado por un sistema de dirección pública al uso en lo que atañe a la segunda (abierto o cerrado, *spoils system* o *merit system*, etc.). Es cierto, no obstante, que el modelo directivo de la Administración General del Estado, por las características propias que lo «adornan», bien puede calificarse como una suerte de *spoils system* cerrado o preferentemente funcional. Lo que lo sitúa, dicho sea entre paréntesis, en las antípodas del discurso oficial acerca de la modernización-innovación.

El EBEP, con todo, parece apuntar en esta nueva dirección. Es decir, pese a lo delicado de la cuestión y las dificultades que —como acabamos de leer— la rodean, la norma estatutaria insta al Gobierno (sin excluir al legislador del Estado) a establecer el régimen jurídico del «nuevo» personal directivo profesional, si nos atenemos a la interpretación que cabe formular del artículo trece párrafo primero de la misma. Un régimen que, por lo demás, se nos antoja sustancialmente distinto del anterior, pues, al menos en su formulación normativa originaria, el personal directivo profesional EBEP habrá de ser nombrado conforme a un procedimiento público y concurrente; con base en el mérito la capacidad y la idoneidad; y, en fin, ser evaluado conforme a los resultados obtenidos en relación con los objetivos previamente fijados (cabe suponer que políticos), sin perder de vista los criterios de eficacia y eficiencia.

Dicho en otros términos, y con base en el EBEP, la *Administración General del Estado* dispone ya de todos los mimbres necesarios para caminar en la «buena dirección», esto es, para establecer un régimen de su personal directivo en clave profesional. En efecto, si aquella Administración pretende responder a los requerimientos sociales antes apuntados, sin dejarse por el camino los logros y avances derivados de la caracterización social del Estado, ha de disponer, cuando menos de un vértice directivo integrado por unos *top-managers* capaces; que sean convenientemente formados en las habilidades y destrezas gerenciales que exige la modernización-innovación administrativa; elegidos y

nombrados de acuerdo a procedimientos estándar (con base, cabalmente, en la verificación de su tenencia de aquellas habilidades y destrezas); que durante su ejercicio se hallen sometidos a evaluación y control de resultados (conforme a criterios como los de la eficacia, la eficiencia, la calidad, etc.) a los que se vinculen cuestiones tales como la retribución, la responsabilidad, etc.; hasta el punto, en fin, de que una evaluación y resultados negativos puedan derivar –por qué no– en la pérdida de su condición directiva.

En suma, por mor de las exigencias sociales, de la modernización-innovación administrativa resultante y de lo dispuesto y contenido en el artículo trece del EBEP, el Gobierno de la Nación está llamado a establecer el régimen del personal directivo profesional. Lo que significa, desde el punto de vista de las técnicas de solución planificada de problemas, que *aquél deberá enfrentarse a una serie de dilemas o alternativas básicos, seguidos de otros complementarios, de los que resulta una suerte de «árbol de toma de decisiones» en la materia.* En efecto, por lo que respecta a *los dilemas y alternativas básicos o primarios* que deberá enfrentar el Gobierno (o el Legislador) estatal si en verdad pretende diseñar un régimen del personal directivo con tintes profesionales, éstos serían, en primer término, decidir si la temática directiva constituye *una materia que atañe a la política, a la Administración* o si, por el contrario, ésta queda encuadrada en una suerte de lugar intermedio a mitad de camino entre la primera y la segunda. A continuación, debería resolver el Gobierno si *la vía que emplea para establecer el régimen de directivos es la reglamentaria* (lo más razonable, habida cuenta de la expresa mención que en este sentido formula el artículo trece párrafo primero del EBEP) *o la legal*, pues debe recordarse que no existe en nuestro Ordenamiento administrativo reserva a favor del normador reglamentario. En tercer lugar, y ya fuera el uno (Ejecutivo) o el otro (Legislador) el que enfrentase este empeño, aún quedaría por resolver si el establecimiento del régimen jurídico de directivos es asunto que incumbe *a la normativa sobre organización o a la de empleo público*, pues, si bien desde estas páginas nos decantamos por la primera, no cabe desconocer que existen argumentos y razones que permitirían inclinarse por la segunda; y que, en cualquiera de los dos casos, la solución finalmente elegida tendría importantes consecuencias desde varios puntos de vista (orden de distribución de competencias, principios y valores rectores de este nuevo régimen de directivos, etc.).

Pero aún hay más. Una vez hecho lo anterior, esto es, una vez zanjada la cuestión de si la temática directiva es política o Administración, si es organización o empleo público, y si su ordenación se lleva a cabo por ley (improbable) o por reglamento, habría que dar respuesta a *otros dilemas o alternativas de segundo orden*, aunque no por ello menos importantes, que aluden a determinados aspectos más concretos del régimen de directivos, como lo son:

- a) Si se prefiere un sistema cerrado (sólo para funcionarios), abierto (a «externos» a la Administración) o mixto en el acceso.

- b) Qué hacer respecto de la formación, esto es, si se diseña un sistema de formación previa, selectiva o continuada de directivos; o, por el contrario, la formación vuelve a quedar arrinconada, lo que iría, por cierto, en detrimento de la lógica profesional.
- c) Si durante su ejercicio los directivos habrían de someterse, o no, a un régimen «especial» de incompatibilidades; y cómo éste, en su caso, debería articularse.
- d) Cuál tendría que ser, asimismo, el sistema de evaluación del personal directivo (con especial atención al «qué», «cómo» y «quién» evalúa) y sin olvidar, por supuesto, el problema de qué hacer con los resultados de la evaluación una vez obtenidos.
- e) Si se vinculan, o no, estos resultados a la retribución, de qué forma y en qué medida.
- f) Si, en fin, los resultados de la evaluación determinarían, o no, la pérdida de la condición del directivo como tal; o, incluso, si sería hipotizable el nacimiento de una nueva y distinta responsabilidad «directiva» (al estilo de lo que ocurre en otros países, p. ej., Italia), que derivaría de la inobservancia específica de los objetivos que previamente habrían sido fijados por los titulares de los órganos políticos.

Con todo, tanto los dilemas básicos que antes hemos señalado como estos otros, complementarios o secundarios, que acabamos de exponer, vendrían precedidos de una *primera y principal decisión a tomar por el Gobierno (o el Legislador) de la Nación, a saber: si establece, o no, el régimen jurídico del personal directivo profesional*. Porque, en efecto y pese a que en nuestra opinión ésta constituye una de las principales fallas del sistema EBEP, conviene no olvidar que la llamada que el artículo trece del mismo formula al Ejecutivo estatal (y autonómicos) para que determine el régimen de aquella clase singular de personal *lo es con carácter meramente potestativo o voluntario*. De modo que nada sucedería –ni cabría reprochar– desde un punto de vista estrictamente legal al Gobierno (o la Legislador) del Estado si no realizase movimiento normativo alguno para establecer el régimen jurídico del personal directivo profesional.

Sin embargo, a nuestro juicio y *desde una distinta perspectiva (modernizadora), la pasividad del Ejecutivo estatal, de producirse, sí debiera ser objeto de censura*. Y ello porque, si confiamos en la versión oficial del discurso modernizador, habremos de convenir que la Administración General del Estado necesita de unos directivos públicos dotados de un régimen que les permita ser, a un tiempo, aquellos objetos y agentes de la modernización-innovación a los que antes nos referíamos. Unos directivos que, por lo mismo, habrán de ser seleccionados, ejercer como tales y ser cesados conforme a la lógica y la razón de la eficacia, la eficiencia, la calidad, el mérito, la capacidad y la evaluación de resultados a la luz de los objetivos previamente establecidos desde el nivel político. Si esto no sucede, la ordenación del régimen

de directivos no podría tildarse de profesional, ni moderna. Y, sin embargo, *esto es precisamente lo que está ocurriendo*.

En efecto, a día de hoy y como señalábamos en la introducción a este capítulo, el Gobierno del Estado ha hecho caso omiso a la llamada contenida en el artículo 13, párrafo primero, del EBEP. Así, no se observa en el horizonte normativo estatal más inmediato ningún proyecto, anteproyecto o borrador de Real Decreto (o ley) que tenga por objeto desarrollar esta previsión estatutaria, como tampoco –dicho sea entre paréntesis– en el nivel autonómico, donde las escasas previsiones que algunas Leyes (o proyectos de ley) de aplicación del EBEP formulan al personal directivo (País Vasco, Valencia o Castilla-La Mancha, entre otras) lo son en el sentido de mantener el modelo de *spoils system* tendencialmente cerrado actual; incluso de reforzarlo. En su consecuencia, bien puede afirmarse que, tanto a nivel de Administración General del Estado como de los aparatos administrativos autonómicos, *carecemos por el momento de un personal directivo o de unos directivos públicos dotados de un específico régimen regulador; y ni que decir tiene que su eventual profesionalización por ninguna parte asoma*.

Con todo, *no queremos perder la esperanza en que este estado de cosas cambie, ni resultar aves de mal agüero, habida cuenta de tres circunstancias principales*. La primera es que, cuando menos, *siempre nos quedará el EBEP* (salvo derogación), lo que constituye una puerta siempre abierta al establecimiento del régimen de directivos y a un eventual cambio de diseño de corte profesional. La segunda es que *la cuestión directiva no ha desaparecido del todo del discurso oficial ni de la agenda política del Gobierno*, en la que, a pesar de los andanadas que de tanto en tanto recibe (*vid.*, la penúltima reforma de la estructura ministerial llevada a cabo por los Reales Decretos 494 y 495/2010, ambos de 30 de abril, a los que se suma el Real Decreto 1313/2010, de 20 de octubre), aún consigue mantenerse a flote. Y, en tercer lugar, siempre queda confiar en que, más tarde que temprano, el Ejecutivo estatal (y también los autonómicos) superen la tradicional miopía política que ha afectado a su visión de la temática directiva, para apreciar las ventajas que el establecimiento de un régimen de directivos en clave profesional puede tener para todos. Comenzado por *los propios políticos*, a quienes siempre resultará rentable –incluso electoralmente– disponer de un personal directivo, que haya sido seleccionado, actúe y sea cesado de acuerdo a estrictos criterios profesionales, al frente de los vértices de la gestión político-administrativa y al que, por lo demás, gobernará sin mediación sindical. Continuando por aquellos *funcionarios* públicos capaces y competentes, quienes, en virtud de sus resultados, tendrán la posibilidad de acceder a un nuevo y superior nivel en la organización (con mayores retribuciones y mayor responsabilidad), en el bien entendido sentido de que no constituye un estadio más de su carrera. Y finalizando por los ciudadanos, que, si quiera en este punto concreto, obtendrán respuesta a sus demandas de incremento de la eficacia, eficiencia y la calidad en el obrar administrativo y en la prestación de las funciones y servicios públicos, con el consiguiente ahorro de gasto. Confiemos en que así sea.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ALFARO, J., «La función directiva en la administración española», en *Documentación Administrativa*, núm. 158, marzo-abril, 1975, pp. 7 a 22.
- CATALÁ POLO, R., «Directivos públicos», en *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 41 (4-2005), pp. 211 a 225.
- GÓMEZ RIVAS, J.V., «La función directiva», en Olías de Lima, B. (Coord.), *La gestión de recursos humanos en las Administraciones Públicas*, Edit. Complutense, Madrid, 1995, pp. 197 a 211.
- GONZÁLEZ-HABA GUIADO, V. M., «El directivo en la Administración Pública», en *El Consultor*, núm. 2, enero, 2007, pp. 220 a 230.
- GORRITI BONTIGUI, M., «Evaluación y predicción del liderazgo público (I)», en *Dossier Gestión Pública* (Observatorio de recursos humanos), septiembre, 2009, pp. 54 a 63.
- GORRITI BONTIGUI, M., «Los directivos públicos profesionales (DPP) en la AGE», *documento de trabajo presentado en el Grupo de Investigación para el Estudio sobre el Empleo Público del INAP*, octubre de 2009 (inédito).
- HERNÁNDEZ DE LA TORRE y GARCÍA, J.M., «Algunas consideraciones sobre la función pública directiva», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 30, junio, 2007, pp. 423 a 441.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., «Funciones directivas y modernización de las administraciones públicas», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 45-II, 1996, pp. 117 a 129.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., «La función directiva en el sector público español: tipología de regímenes jurídicos de los directivos públicos», en *Documentación Administrativa*, núm. 241-242, enero-agosto, 1995, pp. 273 a 405.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., «Los directivos públicos en España (tres tesis y algunas propuestas)», en *Acta de la ponencia presentada en el II Congreso de Gestión Pública*, Barcelona, 2006.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., «Política y administración: los puestos de designación política en las administraciones públicas», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 32, 1992, pp. 73 a 101.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., *Altos cargos y directivos públicos. Un estudio sobre las relaciones entre política y administración en España*, 2ª ed., Edit. IVAP, Oñati, 1998.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., *Directivos públicos*, Edit. IVAP, Oñati, 2006.

- JIMÉNEZ ASENSIO, R., *La función directiva en el sector público español: tendencias de futuro*, [documento en línea]. Disponible desde Internet en: <<http://www.estudiconsultoria.com>> [con acceso el 01/07/2008].
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., Villoria Mendieta, M., y Palomar Olmeda, A., *La dirección pública profesional en España*, Edit. IVAP-Marcial Pons, Madrid, 2009.
- LONGO, F., «Política y gerencia pública en los gobiernos locales», en *Gobierno local y modelo gerencial*, Edit. Fundació Pi i Sunyer, Barcelona, 1999, pp. 21 a 54.
- LONGO, F., «El desarrollo de competencias directivas en los sistemas públicos: una prioridad de fortalecimiento institucional», texto de la ponencia presentada en *VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Lisboa, Portugal, 8-11 oct. 2002, pp. 1 a 16.
- LONGO, F., «Institucionalizar la gerencia pública: retos y dificultades», texto de la ponencia presentada en *el Primer Congrés Català de Gestió Pública*, Barcelona, septiembre, 2002, pp. 1 a 23.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M., CANTERO MARTÍNEZ, J. y PUERTA SEGUIDO, F., «Estructura de empleo público y clases de empleados públicos», en Castillo Blanco, F.A. (Dir.) y Quesada Lumbreras, J.E. (Coord.), *Manual de Empleo Público*, Edit. Iustel, Madrid, 2009.
- MAESO SECO, L.F., *Una aproximación al régimen jurídico de los directivos públicos: el caso de Francia, Reino Unido, Italia y España*, [documento en línea]. Disponible desde Internet en: < <http://www.inap.map.es/NR/exeres/091B404D-82ED-40EE-81D7-F47BB28358EC.htm>> [con acceso el 10/02/2007].
- MAESO SECO, L.F., «El personal directivo: comentarios al artículo 13 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público», en Ortega Álvarez, L., *Estatuto Básico del Empleado Público*, Edit. La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2008, pp.107 a 174.
- MAESO SECO, L.F., *La función pública europea y el directivo público europeo. Algunos perfiles de politización en la administración de la Comunidad*, Edit. Esperia Publications Ltd., Londres, 2003.
- MAESO SECO, L.F., *Los directivos públicos en el escenario de la reforma-modernización administrativa*, Ciudad Real, 2008 (Tesis inédita).
- NIETO, A., «Las experiencias de modernización en España», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 45-II, 1996, pp. 63 a 74.
- NIETO, A., «Los estudios sobre la Administración pública: la necesidad de construir una disciplina que sea la base formativa de una clase directiva profesionalizada», en *Documentación Administrativa*, núm. 200, enero-marzo, 1984, pp. 7 a 42.

- NIETO, A., «Reforma administrativa y modernización de la Administración Pública: ¿un problema pendiente?», en VV. AA., *Modernización Administrativa*, Edit. IVAP, Oñati, 1989, pp. 101 a 114.
- NIETO, A., *El desgobierno de lo público*, Edit. Ariel, Barcelona, 2008.
- NIETO, A., *La «nueva» organización del desgobierno*, Edit. Ariel, Barcelona, 1996.
- NIETO, A., *La burocracia. El pensamiento burocrático*, Edit. Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976.
- NIETO, A., *La organización del desgobierno*, 3ª ed., Edit. Ariel, Barcelona, 1987.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L. (Dir.), *Estatuto Básico del Empleado Público*, Edit. La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2008.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L., «La nueva Ley española de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado», en *Documentación Administrativa*, núm. 246-247, septiembre 1996-abril 1997, pp. 259 a 274.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L., «La reforma de la alta burocracia en España», en *Sistema*, núm. 107, 1992, pp. 5 a 20.
- PALOMAR OLMEDA, A., «El modelo de directivos públicos en la Administración General del Estado (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2005)», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año. XVI, núm. 700, 9 de marzo de 2006, pp. 8 a 10.
- PALOMAR OLMEDA, A., «La organización administrativa: la verdadera reforma pendiente de la gestión pública», en *Revista de Derecho VLex*, núm. 3, marzo, 2003 [documento en línea]. Disponible desde Internet en: <<http://vlex.com/>> [con acceso el 13/03/2010].
- PALOMAR OLMEDA, A., «Pautas para el diseño de un estatuto directivo público para las administraciones convencionales», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 72, mayo-agosto, 2005, pp. 195 a 229.
- PARADA, R., *Derecho del Empleo Público*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2007.
- PAREJO ALFONSO, L., «La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública», en *Documentación Administrativa*, núm. 218-219, abril-septiembre, 1989, pp. 15 a 65.
- PAREJO ALFONSO, L., *Eficacia y administración. Tres estudios*, Edit. INAP, Madrid, 1995.
- PASCUA MATEO, F., «Órganos directivos de los Ministerios y servicios comunes», en *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, (especial monográfico, Vol. 2, Gobierno y Administración del Estado. Comentarios a la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado), junio, 2004, pp. 197 a 245.

- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Régimen jurídico aplicable al personal laboral de las Administraciones Públicas en el nuevo contexto normativo autonómico», *documento de trabajo presentado en el Grupo de Investigación para el Estudio sobre el Empleo Público del INAP*, febrero 2010 (inédito).
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (Coord.), *La función pública directiva en Francia, Italia y España*, Edit. INAP, Madrid, 2007.
- VELÁZQUEZ LÓPEZ, F.J., «Las funciones directivas en la Administración General del Estado», en *FORO Seguridad Social*, núm. 14, diciembre, 2005, pp. 56 a 59.
- VILLORIA MENDIETA, M. y PINO MATUTE, E. del., *Dirección y Gestión de Recursos Humanos en las Administraciones Públicas*, Edit. Tecnos, Madrid, 2009.

PAUTAS PARA EL DISEÑO DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL PERSONAL DIRECTIVO PÚBLICO LABORAL DE CARÁCTER PROFESIONAL

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO
*Profesora Titular de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social. Universidad de León.
Acreditada para el acceso al cuerpo de Catedráticos*

SUMARIO: 1. Planteamiento. 2. Dificultades para el reclutamiento de personal externo. 3. Competencias de desarrollo: La necesidad de crear una nueva relación laboral especial. 4. El difícil encaje del personal directivo público en el ámbito de aplicación del Real Decreto 1382/1985. 5. Puestos a ocupar. 6. Proceso de designación. 7. Ausencia de negociación de sus condiciones de trabajo. El contrato individual como referente principal. 8. Retribución por cumplimiento de objetivos. 9. Tiempo de trabajo. 10. Cese y cláusulas de blindaje. 11. Régimen disciplinario. 12. Conclusión.

1. PLANTEAMIENTO

La ausencia de un régimen específico para los directivos públicos, con el riesgo de descapitalización profesional de la administración, unido al hecho de que el nombramiento para el desempeño de cargos que requieren habilidades gerenciales ha venido recayendo sobre personas designadas por razones de confianza política o personal, hicieron necesario abogar por la consolidación del directivo público profesional como aquel sujeto dotado de capacidad de liderazgo, formación específica y aptitudes necesarias para hacer funcionar adecuadamente, bajo las instrucciones políticas del Gobierno correspondiente, la compleja maquinaria administrativa, pues una Administración moderna, que se responsabiliza de la creación y prestación de una pluralidad de servicios respondiendo a las demandas sociales con eficacia creciente, necesita disponer de directivos cualificados¹.

La creación del denominado «personal directivo profesional» constituye, así, una de las grandes reformas que la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), ha pretendido llevar a cabo en la organización burocrática. Tanta trascendencia se atribuye a la institucionalización de esta figura que la propia exposición de motivos lo considera «un factor decisivo de modernización administrativa».

No cabe restar un ápice de importancia a dicha afirmación por cuanto ni en el ámbito de la empresa privada, ni en el de la administración pública, es con-

¹ LARIOS RISCO, D.: «Personal directivo profesional», en AA.VV (PALOMAR OLMEDA y SEMPERE NAVARRO, A.V., Dirs.): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Pamplona, 2008, p. 126.

cebible en la actualidad una forma verdaderamente eficaz y eficiente de gestionar los asuntos sin una dirección profesional. Los entes administrativos, demasiado anclados todavía en una concepción jerarquizada e institucional de la *res publicae*, necesitan incorporar un nuevo modelo de dirección y gestión, más profesionalizado, ajeno, por tanto, a los vaivenes políticos, y el EBEP ha sido consciente de ello.

En el propio Informe de la Comisión de Expertos para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público se advertía de la conveniencia de «crear un grupo profesional que se inserte entre la dirección política y la función pública superior de carrera, precisamente en ese ámbito difuso y nunca bien delimitado en que se separan y confluyen la política y la administración», esto es, se abogaba por abrir un cierto espacio para que unos profesionales, cualificados y bien formados, puedan definir las estrategias de la entidad administrativa y asumir la gestión presupuestaria y de personal².

Evidentemente, ya con anterioridad, no se desconocía la existencia de la figura del empleado del sector público de más alto nivel y competencia, siendo objeto de atención creciente por algunas leyes que específicamente habían previsto la creación de «órganos directivos»³. Así –y sin necesidad de remontarnos a antecedentes más remotos–, la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), pretendió instaurar esta figura para dicha administración, o también la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local, lo intentó para los denominados municipios de gran población.

Ahora bien, no cabe ocultar tampoco que, pese a tales avances, los puestos de alta dirección en el sector público siguieron siendo desempeñados con frecuencia por funcionarios pertenecientes a cuerpos o escalas superiores que venían siendo reclutados por razones de simple afinidad o lealtad política o personal, sin excesiva consideración a sus aptitudes, competencias y capacidades

² GOÑI SEIN, J.L.: «Ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público», en AA.VV.: *El Estatuto Básico del Empleado Público. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2009, p. 350.

³ ALFARO ALFARO, J.: «La función directiva en la Administración Española», *Documentación Administrativa*, núm. 158, 1975, pp. 7 y ss.; CANALES ALIENDE, J.M.: «El directivo público», *Actualidad Administrativa*, núm. 7, 1996, pp. 151 y ss.; CATALÁ POLO, R.: «Directivos públicos», *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 41, 2005, pp. 211 y ss.; GÓMEZ RIVAS, J.V.: «La función directiva», en AA.VV. (OLÍAS DE LIMA, B., Coord.): *La gestión de recursos humanos en las Administraciones Públicas*, Madrid, 1995, pp. 197 y ss.; JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «Funciones directivas y modernización de las Administraciones Públicas», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 45, 1996, pp. 117 y ss., *Altos cargos y directivos públicos. Un estudio sobre las relaciones entre política y Administración*, Oñati, 1998, y *Directivos Públicos*, Oñati, 2006; NIETO, A.: «Los estudios sobre la Administración Pública: la necesidad de construir una disciplina que sea la base formativa de una clase directiva profesionalizada», *Documentación Administrativa*, núm. 200, 1984, pp. 7 y ss.; PALOMAR OLMEDA, A.: «Pautas para el diseño de un estatuto de personal directivo público para las Administraciones convencionales», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 72, 2005, pp. 195 y ss., y «Potestad administrativa y directivos públicos», *Actualidad Jurídica Administrativa*, núm. 700, 2006, pp. 1 y ss., u ORTEGA ÁLVAREZ, L.: «La reforma de la alta burocracia en España», *Sistema*, núm. 107, 1992, pp. 5 y ss.

profesionales de dirección, siendo discrecional su nombramiento y también su cese⁴. Se trata, por tanto, de cargos vinculados a la autoridad política que los propone o designa, permaneciendo en el puesto el tiempo que ésta considere oportuno y como máximo mientras dure su mandato.

Otro hito significativo, más próximo en el tiempo, puede encontrarse en la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales (LAE), al prever en su art. 23 criterios específicos de calificación de un puesto como directivo, al no limitar el proceso de designación sólo a los funcionarios, exigiendo, además, el seguimiento de un *iter* público de reclutamiento, y al someter el desarrollo de sus funciones a evaluación, vinculando sus retribuciones a los resultados. No obstante, esta Ley se sigue quedando corta, pues no llega a establecer suficientes garantías de permanencia en el cargo, dejando demasiado abierta la posibilidad del cese⁵.

En medio de un panorama de indefinición, no solventado por las sucesivas leyes mencionadas y marcado además porque en el ámbito autonómico es harto frecuente la politización más extrema de las funciones directivas, sin exigencia en muchos casos de requisitos de titulación, no cabe ocultar que la promulgación del EBEP propone, como novedad, el reto de regular la función directiva en el sector público con el propósito claro «de avanzar decididamente en el reconocimiento legal de esta clase de personal», según reseña la exposición de motivos. No existiendo hasta el momento un estatuto general para este grupo sino meras pinceladas, el simple establecimiento de una normativa específica, como la contenida en el art. 13, constituye un avance importante. Otra cosa –harto criticable– es que el EBEP se haya conformado con establecer unos pocos criterios de determinación de la condición del personal directivo profesional, y haya optado por la vía indirecta de remitir al Gobierno, o a los órganos ejecutivos de las Comunidades Autónomas, el establecimiento de su ordenación específica.

Sin duda, este precepto estatutario va a tener su influencia sobre los organismos públicos de la Administración General del Estado, organismos autónomos, entidades públicas empresariales y agencias estatales, que deberán coherente las disposiciones previstas en la LOFAGE, en la LEA y, en su caso, en sus respectivos estatutos, con las prescripciones del EBEP. Así, la exigencia de experiencia en el desempeño de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada conforme a criterios de competencia profesional prevista en el art. 55.2 LOFAGE, o de competencia profesional, experiencia y titulación superior establecida en el art. 23.2 LAE, debe completarse con los principios de mérito, capacidad e idoneidad exigidos por el art. 13.2 EBEP⁶.

⁴ JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «La función directiva en el sector público español: tendencias de futuro», en AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, 2008, pp. 216 y ss.

⁵ JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «La función directiva en el sector público español: tendencias de futuro», cit., pp. 223-224.

⁶ RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.: «El personal directivo público: una ampliación del ámbito subjetivo del Real Decreto 1382/1985», *Temas Laborales*, núm. 100, 2009, p. 1217.

Bajo tales premisas, cabe destacar cómo, entre las escasas directrices a las que se contrae el esquelético régimen jurídico del personal directivo profesional elaborado por el EBEP, aparece con claridad meridiana la posibilidad de que a estos directivos se les permita no sólo una vinculación funcionarial sino contractual laboral con la administración correspondiente. Es más, la obligada sumisión del directivo laboral al contrato especial de alta dirección, regulado en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto⁷, por la que el EBEP opta de manera expresa, trata de trasladar al sector público los modelos de dirección y gestión del sector privado: liderazgo, habilidad para el manejo de equipos y grupos de trabajo, asunción de responsabilidad en el ejercicio de la actividad, facilidad para la resolución de conflictos y compromiso con los objetivos marcados o programados. Ello supone una novedad para las entidades públicas empresariales, no así para las agencias estatales, pues ya se establecía esta posibilidad en el art. 23.2 LA⁸.

2. DIFICULTADES PARA EL RECLUTAMIENTO DE PERSONAL EXTERNO

La creación de una nueva figura de directivos públicos profesionales en el EBEP nace con el doble objetivo de permitir mantener dentro del sector público a funcionarios o laborales altamente capacitados y de atraer a profesionales del sector privado con experiencia en tareas directivas, ofreciendo a unos y a otros una remuneración acorde con el valor añadido que generen. El régimen jurídico de ambos (funcionarios o contratados por cuenta ajena) no es, sin embargo, idéntico, sino que para los primeros el EBEP otorga al legislador de desarrollo (estatal o autonómico) una amplia libertad, mientras que para los segundos impone de manera obligatoria el régimen jurídico especial del personal de alta dirección recogido en el Real Decreto 1382/1995.

De lo que no cabe ninguna duda es de que el art. 13 EBEP permite que el personal directivo pueda tener la condición de laboral, abriendo la posibilidad de que puedan competir para ocupar esos puestos tanto personas provenientes del sector público como del sector privado. Olvida, sin embargo, que los directivos públicos son personas reclutadas mediante procesos competitivos por las respectivas administraciones públicas en función de la acreditación de sus competencias profesionales y del perfil de funciones requerido para el desempeño del puesto de trabajo de carácter directivo. Evidentemente, estos sujetos deben tener conocimiento del contexto y del entorno en que han de desarrollar su actividad profesional, razón por la cual la mayor parte de los directivos van a provenir del sector funcionarial⁹.

⁷ Sobre sus antecedentes, BORRAJO DACRUZ, E.: *Altos cargos laborales*, Madrid, 1984, pp. 21 y ss.

⁸ RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.: «El personal directivo público: una ampliación del ámbito subjetivo del Real Decreto 1382/1985», cit., p. 1216.

⁹ JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «La dirección pública profesional: perspectiva comparada y diagnóstico de la situación en España», en JIMÉNEZ ASENSIO, R.; VILLORIA, M. y PALOMAR OLMEDA, A.: *La dirección pública profesional en España*, Madrid, 2009, p. 48.

Las razones capaces de justificar una escasa presencia de directivos públicos procedentes del sector privado se muestran evidentes. Por un lado, cabe mencionar la necesidad –ya apuntada– de que el directivo público conozca el contexto normativo singular (las reglas de funcionamiento en materias tales como presupuestos, contratación, recursos humanos, procedimiento, etc., que difieren sustancialmente del sector privado), así como la oportunidad también de que esté familiarizado con el peculiar entrono institucional en el que ha de desarrollar sus funciones (ciclo político, papel de la oposición, control parlamentario o de la asamblea, dominio de los medios de comunicación...). Por otro, no cabe soslayar tampoco la necesidad de que el directivo público tenga presente una serie de valores que informan toda su actuación y que deben inspirar su funcionamiento dentro de los estándares de la ética pública: los principios constitucionales y estatutarios, la condición de gestor de intereses públicos, la rectitud en su actuar diario, el decoro de su imagen externa... y un largo etcétera fácilmente comprensible. En fin, por lo común, el sector privado retribuye más a sus directivos que el sector público, por lo que no es frecuente el trasvase de aquél a éste.

Ahora bien –pese a estas dificultades–, no cabe olvidar, al tiempo, que en determinados casos de servicios claramente finalistas o en ámbitos muy específicos, puede resultar interesante el reclutamiento de personal directivo externo y, con gran acierto, el EBEP no quiere cerrar la vía para ello.

Desde esta perspectiva, el art. 13 EBEP indica que el personal directivo puede ser laboral y, en ese caso, será, además, personal laboral de alta dirección. Tal planteamiento no sólo implica escapar de la regulación funcionarial clásica, sino también de la misma regulación laboral común, por cuanto debe surgir una relación laboral especial que, en la realidad, responde a un esquema a caballo entre el derecho del trabajo y el derecho mercantil, normativa esta última que se erige en supletoria, lo cual supone no sólo introducir los principios del *Ius Laborum* en el empleo público sino también los propios del Derecho Privado¹⁰. Es más, los enfoques reguladores del Real Decreto 1382/1985 y del EBEP son bien distintos: la norma reglamentaria se basa en el principio de autonomía de las partes contratantes, mientras la Ley 7/2007 se fundamenta en el principio de legalidad, por más que para el personal directivo se postule una mayor flexibilidad. Junto a tal óbice primero y principal, surgen de inmediato problemas adicionales: además de las limitaciones derivadas de los puestos reservados únicamente a los funcionarios, que pone de relieve vetos objetivos a la actuación de la figura del directivo laboral, hay que poner de manifiesto, tal y como se va a tratar de explicar en las páginas siguientes, que la regulación especial a la que remite el EBEP presenta importantes desajustes para afrontar de modo adecuado la ordenación de la función directiva en el marco del empleo público, no en vano el Real Decreto 1382/1985 fue dictado para su aplicación

¹⁰ MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: «Clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas», en AA.VV (MONEREO PÉREZ, J.L. et alii, Dirs.): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático a la Ley 7/2007, de 12 de abril*, Granada, 2008, p. 195.

exclusiva en las empresas privadas, sin tener en cuenta para nada las peculiaridades del sector público.

3. COMPETENCIAS DE DESARROLLO: LA NECESIDAD DE CREAR UNA NUEVA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL

La parca regulación establecida en el EBEP sobre el directivo profesional no sólo funcionario, sino, por lo que aquí interesa, laboral, plantea un primer confusiónismo difícil de resolver sobre la fuente normativa idónea para regular el régimen jurídico de esta figura. Como ya consta, el EBEP habilita a los gobiernos respectivos para tal misión, lo cual significa, en una primera aproximación, que no es necesaria Ley para desarrollar esta materia, pudiéndose acudir al Reglamento como vía adecuada para el establecimiento de la ordenación jurídica del personal directivo.

Ahora bien, la remisión a normas reglamentarias de desarrollo debe leerse como una mera habilitación para dictarlas y no como una pretensión de eludir por completo una regulación por ley de la cuestión. Además, el diseño de un régimen específico para el personal directivo precisará introducir con toda probabilidad excepciones, modulaciones o modificaciones en relación con las normas legales aplicables a este tipo de personal no sólo en los concretos aspectos a que se refiere el art. 13 EBEP, sino en aquellos otros regulados por disposiciones de rango legal. Así sucede, por ejemplo, en materia de retribuciones o situaciones administrativas. Por consiguiente, parece que va a ser difícil que en el establecimiento del régimen jurídico del personal directivo funcionario se pueda eludir totalmente el recurso a la Ley¹¹.

Es más, cuando se trate de personal directivo laboral, se plantea un serio problema adicional en relación a la capacidad de las Comunidades Autónomas para establecer el régimen a aplicar, pues difícilmente van a poder establecer reglas distintas de las que recoge el Real Decreto 1382/1985 porque carecen de competencias normativas sobre la materia.

En efecto, bajo la premisa de que la diversificación de la legislación laboral en las diferentes Comunidades Autónomas sería incompatible a todas luces con lo previsto en el art. 139.1 CE, según el cual «todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio español», el art. 149.1.7.^a CE establece la ostentación por parte del Estado de una facultad normativa íntegra en el plano sustantivo laboral, si bien compartida únicamente desde el punto de vista de la ejecución¹², lo cual obliga a descender a las siguientes cuestiones:

¹¹ JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «La función directiva en el sector público español: tendencias de futuro», cit. p. 233.

¹² SSTC 195/1996, de 28 de noviembre.

1. El Tribunal Constitucional ha precisado que el término «legislación» ha de ser entendido en sentido amplio o material, comprendiendo tanto las leyes formales como los reglamentos que las desarrollan¹³. En materia de legislación laboral, por lo tanto, «la competencia normativa del Estado es completa», siendo «susceptible de ejercerse a través de la potestad legislativa y reglamentaria», lo que significa, a fin de cuentas, que el poder central es «fuente única... de normas laborales»¹⁴, de modo que «ningún espacio de regulación externa les resta a las Comunidades Autónomas, las cuales únicamente pueden disponer de una facultad de ejecución de la normativa estatal»¹⁵.

Este concepto no incluye, sin embargo, los reglamentos organizativos que no afecten a «la situación o derechos de los administrados» y queden referidos «a la mera estructuración interna de la organización administrativa»¹⁶, como tampoco los actos de fijación de servicios mínimos para el mantenimiento de los servicios esenciales en caso de huelga¹⁷, ni los actos de extensión de convenios colectivos, aun cuando éstos puedan tener, eventualmente, carácter normativo¹⁸. Las Comunidades Autónomas no gozan, en consecuencia, de potestad para dictar reglamentos de desarrollo normativo, pero sí para promulgar disposiciones administrativas *ad intra*, relativas únicamente a la «organización de los servicios correspondientes en materia de su competencia»¹⁹. Y, también, de acuerdo con la interpretación material y finalista seguida por el máximo intérprete de la Constitución²⁰, pueden dictar las normas reglamentarias precisas para la ejecución regular de los servicios estatales que les sean transferidos²¹, siempre que no alteren su régimen jurídico general, que es competencia del Estado²².

2. La interpretación expansiva del término «legislación», comprendiendo tanto la potestad legislativa como la reglamentaria, no ha encontrado proyección, en cambio, sobre el adjetivo «laboral», interpretado en sentido estricto, no referido genéricamente al mundo del trabajo, sino en un sentido mucho más concreto y restringido, como conjunto de principios e instituciones que surgen del contrato de trabajo en cuanto categoría jurídica central²³, incluyendo exclu-

¹³ SSTC 18/1982, de 4 de mayo; 39/1982, de 30 de junio; 57/1982, de 27 de julio; 7/1985, de 25 de enero; 249/1988, de 20 de diciembre; 190/2002, de 17 de octubre y 30/2003, de 18 de diciembre.

¹⁴ STC 360/1993, de 3 de diciembre.

¹⁵ STC 195/1996, de 28 de noviembre.

¹⁶ SSTC 18/1982, de 4 de mayo; 57/1982, de 27 de julio, y 7/1985, de 25 de enero.

¹⁷ SSTC 33/1981, de 5 de noviembre, y 233/1997, de 18 de diciembre.

¹⁸ SSTC 86/1991, de 25 de abril, y 102/1991, de 13 de mayo.

¹⁹ SSTC 57/1982, de 27 de junio, y 360/1993, de 13 de diciembre.

²⁰ SSTC 7/1985, de 25 de enero; 249/1988, de 18 de noviembre; 86/1991, de 25 de abril, y 102/1991, de 13 de mayo.

²¹ STC 76/1986, de 9 de junio.

²² CAVAS MARTÍNEZ, F., y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de trabajo, empleo y protección social: una sinopsis», *Anales de Derecho*, núm. 23, 2005, p. 106.

²³ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: «Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia laboral y de Seguridad Social» *Relaciones Laborales*, núm. 5, 1996, pp. 9 y ss.

sivamente «la relación que media entre los trabajadores que presten servicios retribuidos por cuenta ajena y los empresarios a favor de los que y bajo la dirección de quienes se prestan estos servicios»²⁴. La legislación laboral es, por tanto, para el Tribunal Constitucional, la que regula el trabajo asalariado, cuyo estatuto jurídico propio surge de la existencia de un vínculo contractual. Ello supone que el núcleo normativo que directamente pauta estas relaciones (individuales o colectivas), que constituye el objeto básico del denominado *Ius Laborum*, queda extramuros de la potestad normativa de las Comunidades Autónomas, las cuales no poseen ningún tipo de intervención en dicho marco nuclear²⁵, en el que cabe incluir el contrato de alta dirección.

De esta acotación constitucional estricta del alcance del término laboral deriva, empero, la existencia de competencias autonómicas sobre materias no pertenecientes propiamente a dicho título, pero relacionadas con él de modo directo («cuestiones perilaborales»)²⁶, tal y como sucede en paradigmático ejemplo con las sociedades cooperativas²⁷, con el trabajo autónomo o parasubordinado²⁸, con el fomento de empleo o con el diálogo social desarrollado en el seno de organismos *ad hoc* (Consejos de Relaciones Laborales, Consejos Económicos y Sociales...)²⁹, a resultas de su conexión con la política económica y con fundamento, de un lado, en el art. 148.1.13.^a CE, que reconoce facultades a las autonomías territoriales sobre «el fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos enmarcados por la política económica nacional», o, de otro, en el art. 148.1.1.^a CE, el cual admite la capacidad de toda autonomía territorial para fijar la organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno³⁰.

3. El ámbito de cometidos autonómicos referido a la «ejecución» de la legislación laboral se limita a la aplicación de ésta. No comprende, como ya consta, el desarrollo reglamentario de leyes estatales, sino «el conjunto de actuaciones preciso para la puesta en práctica de la normativa reguladora del conjunto del sistema de relaciones laborales»³¹, lo que incluye actuaciones administrativas inspectoras y sancionadoras³², así como la aprobación de normas para la organización de los servicios correspondientes («reglamentos organizativos»)³³.

²⁴ STC 360/1993, de 13 de diciembre.

²⁵ STC 195/1996, de 28 de noviembre.

²⁶ CASAS BAAMONDE, M.E.: «Sistema de fuentes jurídico-laborales y Comunidades Autónomas», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 1, 1980, pp. 15 y ss.

²⁷ SSTC 72/1983, de 29 de julio; 44/1994, de 15 de febrero; 165/1985, de 5 de diciembre, y 88/1989, de 11 de mayo.

²⁸ SSTC 39/1982, de 30 de junio; 76/1986, de 9 de junio, y 360/1993, de 13 de diciembre.

²⁹ PÉREZ AMORÓS, F.: «Competencias de las Comunidades Autónomas en materia laboral. Especial consideración en materia de política de empleo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 26, 1986, pp. 259 y ss.

³⁰ BALLESTER PASTOR, M.A.: «Competencias de las Comunidades Autónomas en materia laboral: actos ejecutivos de carácter normativo», *Rev. Treb.*, núm. 10, 1989, pp. 51 y ss.

³¹ STC 194/1994, de 28 de junio.

³² STC 7/1985, de 25 de enero.

³³ STC 194/1994, de 28 de junio.

De este modo, las Comunidades Autónomas se convierten en las «ejecutoras» ordinarias del ordenamiento laboral, y no sólo del interno, sino también del derecho social comunitario y del internacional³⁴. Asumen con ello la gestión en los respectivos ámbitos autonómicos de los correspondientes servicios que les hayan sido transferidos en los términos indicados en las normas de transferencia³⁵.

A la vista de tales límites competenciales y teniendo en cuenta que el Real Decreto 1382/1985 no fue dictado pensando en el empleo público, hubiera sido conveniente que el EBEP hubiera añadido una relación laboral especial más (la de directivo público) al amplio elenco hasta ahora existente: alta dirección en empresas privadas, servicio doméstico, penados, deportistas, artistas, operadores mercantiles, estibadores portuarios (todos ellos enumerados en el art. 2.1 ET); minusválidos en centros especiales de empleo (Ley 13/1982, de 7 de abril); penados en instituciones penitenciarias (Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre); menores internados (Ley 53/2002, de 30 de diciembre); residentes para la formación de especialistas en ciencias de la salud (Ley 44/2003, de 21 de noviembre); abogados ejercientes en despachos individuales o colectivos (Ley 22/2005, de 28 de noviembre) o profesores de religión que impartan enseñanza en centros públicos (Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo).

Así, hubiera sido suficiente con una designación meramente nominal, sin precisar ninguna otra característica, salvo la, por otra parte obvia, advertencia del art. 2.2. ET: «la regulación de... las relaciones laborales especiales respetará los derechos básicos reconocidos por la Constitución». Bastaría, pues, con un mandato legal (creación de la relación laboral especial de directivo público laboral) con un escaso contenido y una remisión a la potestad reglamentaria del Gobierno para que, en un plazo preclusivo, procediera a regular su contenido con el detalle preciso, tal y como se ha hecho con todas las demás.

Pese a tales críticas, de momento, y a la espera de un ulterior desarrollo normativo, el régimen jurídico del personal directivo del sector público de carácter laboral puede ordenarse en torno a tres categorías principales³⁶:

1. El directivo administrador social, esto es, aquel que es miembro de los órganos de dirección de las sociedades mercantiles, el cual está excluido de la aplicación del Estatuto de los Trabajadores, siempre que su actividad se limite pura y simplemente al ejercicio de cometidos inherentes a tal cargo [art. 1.3 c) ET]³⁷.

³⁴ SSTC 141/1993, de 3 de mayo, y 67/1996, de 18 de abril.

³⁵ GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: «Distribución competencial en materia laboral», *Relaciones Laborales*, 1992-I, pp. 95 y ss.

³⁶ JIMÉNEZ ASENSIO, R.: *Altos cargos y directivos públicos. Un estudio sobre las relaciones entre política y Administración en España*, cit., p. 239.

³⁷ DESDENTADO BONETE, A., y DESDENTADO DAROCA, E.: *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores. Calificación y concurrencia de relaciones profesionales, responsabilidad laboral y encuadramiento en la Seguridad Social*, Valladolid, 2000, pp. 61 y ss.

2. El directivo en régimen especial de alta dirección, cuya relación laboral queda preferentemente regida por la voluntad de las partes, con sujeción a las normas del Real Decreto 1382/1985, configurado en este ámbito por el EBEP como parte integrante del derecho básico de la legislación sobre empleados públicos.

3. El directivo en régimen laboral ordinario, sometido, sin ninguna especialidad digna de mención, al mismo régimen de fuentes que el resto de empleados laborales al servicio de la administración.

Como rasgo común, cabe destacar que todas estas personas hacen del desempeño directivo su profesión principal para la cual han de disponer de los conocimientos exigidos, de las habilidades requeridas y de las aptitudes necesarias en aras a su correcto desempeño, pero se diferencian entre sí en el nivel o intensidad de su ejercicio. El EBEP aboga ahora porque, dentro del marco del sector público, la figura del personal directivo laboral se regule por el Real Decreto 1382/1985, pero, en realidad, ésta no es la fórmula más apropiada, al menos tal y como aparece redactado en la actualidad el citado Real Decreto. Ciertamente, las Administraciones Públicas españolas han venido usando y abusando de esta figura, sobre todo cuando de insertarla en el sector público empresarial se trata. Ahora el legislador ha optado por la comodidad de su traslación, evitando así tener que armar un nuevo tipo de relación laboral especial de dirección pública aplicable sólo y exclusivamente en el sector público que es, sin duda, la opción más recomendable³⁸. La cortedad de miras del hacedor de la ley no puede ser silenciada.

4. EL DIFÍCIL ENCAJE DEL PERSONAL DIRECTIVO PÚBLICO EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REAL DECRETO 1382/1985

Salta a la vista la diferente conceptualización que sobre el personal directivo efectúan el art. 13 EBEP y el art. 1.2 Real Decreto 1382/1985, pues el primero atiende, con grandes dosis de imprecisión, al elemento objetivo, esto es, a las funciones de dirección profesionales a realizar por el mismo, haciendo del desempeño directivo su ocupación profesional³⁹. Por el contrario, el segundo toma en cuenta el elemento subjetivo, encajando en tal concepto a «quienes ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad, sólo limitada por los criterios e instrucciones directivas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad»⁴⁰.

³⁸ JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «La función directiva en el sector público español: tendencias de futuro», en AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., p. 239.

³⁹ JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «La función directiva en el sector público español: tendencias de futuro», en AA.VV. (SÁNCHEZ MORÓN, M., Coord.): *La función pública directiva en Francia, Italia y España*, Madrid, 2007, p. 96.

⁴⁰ Sobre tal concepto, Molero Manglano, C.: *El contrato de alta dirección*, Madrid, 1995, pp. 87 y ss.

La norma reglamentaria toma en cuenta, por ende, la concurrencia de dos requisitos fundamentales: de un lado, la práctica inexistencia de subordinación en la prestación de servicios (autonomía y plena responsabilidad), y, de otro, el ejercicio de los poderes que corresponden a decisiones estratégicas para el conjunto de la empresa y no sólo para las distintas unidades que la componen (poderes inherentes a la titularidad jurídica de la organización productiva en su conjunto y relativos a los intereses comunes de la misma)⁴¹.

En efecto, la doctrina judicial ha venido interpretando el art. 1.2 citado en el sentido de considerar que no todo directivo de una empresa ha de ser incluido en esta clase especial de relación laboral, ya que, según este precepto, lo que define y delimita al concepto de personal de alta dirección son los tres presupuestos siguientes: 1) que el trabajador ejercite poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, lo cual implica la capacidad de llevar a cabo actos y negocios jurídicos en nombre de la misma y de realizar actos de disposición patrimonial capaces de obligarla frente a terceros; 2) que estos poderes afecten a objetivos generales de la compañía, sin que puedan ser calificados como tales los que se refieran a facetas o sectores parciales de su actividad; c) que el ejercicio de estos poderes se efectúe con autonomía y plena responsabilidad, con la sola limitación de los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona física o jurídica que ostente la titularidad de la organización productiva⁴².

En consecuencia, el art. 1.2 Real Decreto 1382/1985 no exige que únicamente merezca la calificación de directivo el «*alter ego*» del empresario en la organización productiva, esto es, el titular del «puesto-vértice» de su estructura piramidal, sino que también comprende a los que, dotados de los correspondientes poderes, asumen altas funciones gerenciales en sectores determinados y específicos del tráfico empresarial, pero siempre que afecten al devenir de toda la entidad, siendo *de facto* un *alter ego* del empresario en las concretas actuaciones que desarrollen⁴³. Lo trascendental a estos efectos no es la extensión funcional o territorial del poder, sino su intensidad, de suerte que en ámbitos concretos de la empresa también puede desplegarse la actividad de alto directivo, pues la esencia de ésta consiste en participar e intervenir en la dirección y gobierno de la entidad productiva, de tal forma que sea capaz de determinar el sentido de la marcha de la misma, siempre que afecte a sus objetivos estratégicos comunes y trascendentes a toda la organización⁴⁴.

Atendiendo a tales circunstancias, no es necesario que el personal directivo laboral participe en la toma de decisiones de la gestión fundamental de la acti-

⁴¹ Entre muchas, SSTS, Social, 24 enero 1990 (RJ 1990, 205), 12 septiembre 1990 (RJ 1990, 6998), 2 enero 1991 (RJ 43) y 4 junio 1999 (RJ 5067).

⁴² SSTS, Social, 10 octubre 1985 (RJ 4703), 3 julio 1986 (3938), 24 enero y 3 marzo 1990 (RJ 1752) y 3 octubre 2000 (8290).

⁴³ HERNÁNDEZ GARCÍA, C.: «El contrato laboral de alta dirección», *Boletín Económico del ICE*, núm. 2805, 2004, pp. 3 y ss.

⁴⁴ LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: *La relación laboral especial de empleo público*, Madrid, 2009, p. 220.

vidad de la empresa, ni que ejerza efectivamente amplios poderes referidos a la generalidad de la misma, siendo suficiente la realización de funciones gerenciales de determinadas áreas en los términos que se definan como tales por las normas de cada organización, pero con repercusiones *ad intra* y *ad extra*. Lo decisivo es que, por la importancia y amplitud de sus funciones, el directivo ocupe una posición equiparable a la del empresario: su trabajo se desenvuelva con autonomía (y no en condiciones de dependencia, aun cuando deba someterse en última instancia al titular de la empresa) y pueda asumir las responsabilidades propias del empleador no sólo por su gestión, sino también por los daños y perjuicios causados por los empleados a su servicio (art. 1903 CC).

Tal concepto no encaja con la definición implícita que cabe deducir de lo previsto en el art. 13.2 EBEP, en virtud de la cual sería directivo profesional quien se limita a realizar funciones de ejecución superior de los programas y políticas públicas, desplegando competencias propias o delegadas de la organización, adopción de decisiones relevantes, dirección de personal y gestión presupuestaria. Ha de ejercer el liderazgo en su organización y sobre el personal, señalando objetivos, gestionando el entorno y las redes de información, estimulando a sus subordinados, diseñando estrategias a corto y largo plazo y creando marcos adecuados de colaboración entre los distintos niveles de administraciones territoriales⁴⁵, pero no llegaría nunca a alcanzar una posición equiparable a la autoridad administrativa responsable del órgano público correspondiente, requisito exigido como condición *sine qua non* por el art. 1.2 Real Decreto 1382/1985 tantas veces citado.

La cuestión se complica, además, porque, hasta la promulgación del EBEP, era posible la presencia de altos cargos en el trabajo asalariado en las Administraciones públicas, quedando dispensados *de facto*, en muchas ocasiones, de la concurrencia de los condicionantes que les delimitan subjetivamente en el art. 1.2 Real Decreto 1382/1985⁴⁶. Cabe dar noticia, así, de una casuística doctrina judicial a la hora de calificar o no como altos directivos los distintos supuestos en presencia, lo cual generó importantes dosis de inseguridad jurídica, pero no cabe duda de que tales pronunciamientos pueden ser útiles a la hora de pergeñar los perfiles de la figura aquí analizada⁴⁷.

Con carácter meramente ejemplificativo, se han considerado directivos sometidos a la relación laboral de alta dirección, entre muchos, los siguientes supuestos: Administrador-Gerente del Hospital Municipal de Écija⁴⁸, Director del Instituto Municipal de Bienestar Social del Ayuntamiento de Vitoria⁴⁹, Director

⁴⁵ CANTERO MARTÍNEZ, J.: «El personal directivo profesional», en AA.VV. (CASTILLO BLANCO, F.A., Dir.): *Manual de empleo público*, Madrid, 2009, p. 164.

⁴⁶ STS, Social, 17 junio 1993 (Ar. 4762) ó SSTSJ, Social, Andalucía/Sevilla 14 febrero 2001 (AS 3774) y Madrid 21 junio 2002 (AS 2250).

⁴⁷ RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.: «El personal directivo público: una ampliación del ámbito subjetivo del Real Decreto 1382/1985», pp. 1202-1203, autora a quien se sigue en la presente exposición.

⁴⁸ STSJ, Social, Andalucía/Sevilla 28 enero 1999 (AS 2000, 3652).

⁴⁹ STSJ, Social, País Vasco 3 marzo 1998 (AS 1296).

Gerente del Ente Público Hospital de Fuenlabrada⁵⁰, Director de la Orquesta Joven de Andalucía perteneciente a la Empresa de Gestión de Programas Culturales de la Junta de Andalucía⁵¹, Gerente para la Autoridad Única del Transporte de Gran Canaria⁵², Director de Gestión y Servicios Generales del Hospital Nuestra Señora de los Reyes de la Isla de El Hierro⁵³, Gerente del Hospital 2 de Mayo de Barcelona⁵⁴, Responsable del Área de Salud del Servei de Salut de les Illes Balears⁵⁵, Director del Centro Cultural de España en Túnez del Ministerio de Asuntos Exteriores⁵⁶, Gerente Provincial de la Agencia de Desarrollo Económico de Castilla y León⁵⁷, Gerente del organismo autónomo Servicio Provincial de Recaudación de la Excma. Diputación Provincial de Granada⁵⁸, Subdirector de inversiones crediticias directas del Instituto de Crédito Oficial⁵⁹, Administrador del Banco de Sangre del Consejo Regional de Hemoterapia de Cantabria⁶⁰, Director del Área Jurídica de un organismo público⁶¹, Director de un Colegio Mayor universitario⁶², Director Adjunto de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León⁶³, Director ejecutivo de una Fundación vinculada a una Administración Pública⁶⁴, Consejero Laboral y de Asuntos Sociales del Ministerio de Trabajo⁶⁵, Coordinador general de la Agencia Española de Cooperación Internacional en Chile⁶⁶ y en El Salvador y Bolivia⁶⁷, Subdirector médico de asistencia especializada de una Gerencia Regional de Salud⁶⁸ ó Director de cuidados de un hospital público⁶⁹.

Por el contrario y sin ánimo exhaustivo, no se han considerado como relación laboral de alta dirección los siguientes supuestos: Administrador de un Parador Turístico⁷⁰, Gerente del Servicio de Emigrantes Retornados de la Diputación Provincial de Cádiz⁷¹, Director del Centro de Orientación y Empleo y Secretria del Consejo Social de una Universidad⁷², Supervisor y Coordinador

⁵⁰ STSJ, Social, Madrid, 28 noviembre 2005 (AS 2006, 166).

⁵¹ STSJ, Social, Andalucía/Sevilla, 14 febrero 2002 (AS 3774)

⁵² STSJ, Social, Canarias/Las Palmas, 31 marzo 2004 (AS 2005, 747).

⁵³ STS, Social, 2 abril 2001 (RJ 4124).

⁵⁴ STSJ, Social, Cataluña, 29 noviembre 2005 (AS 2006, 639).

⁵⁵ STSJ, Social, Baleares, 25 febrero 2004 (AS 1599).

⁵⁶ STSJ, Social, Madrid, 15 junio 1999 (AS 2000, 3199).

⁵⁷ STSJ, Social, Castilla y León/Valladolid, 8 noviembre 2004 (AS 3070).

⁵⁸ STSJ, Social, Andalucía/Granada, 30 marzo 2004 (AS 1981).

⁵⁹ STSJ, Social, Madrid, 28 febrero 2007 (AS 2070).

⁶⁰ STSJ, Social, Cantabria, 8 octubre 2007 (AS 3327).

⁶¹ STSJ, Social, Islas Baleares, 24 octubre 2008 (AS 2931).

⁶² STSJ, Social, Madrid, 9 abril 2007 (AS 975).

⁶³ STSJ, Social, Castilla y León/Burgos, 22 febrero 2007 (AS 1773).

⁶⁴ STSJ, Social, Islas Baleares, 24 noviembre 2008 (AS 2009, 1685)

⁶⁵ STSJ, Social, Santa Cruz de Tenerife, 4 junio 1999 (AS 2483).

⁶⁶ STSJ, Social, Madrid, 7 mayo 1998 (AS 1713).

⁶⁷ STSJ, Social, Cataluña, 14 febrero 2000 (AS 1244).

⁶⁸ STSJ, Social, Castilla y León/Burgos, 29 diciembre 2005 (AS 2006, 393)

⁶⁹ STSJ, Social, La Rioja, 14 noviembre 2008 (AS 2009, 249).

⁷⁰ STS, Social, 12 septiembre 1990 (RJ 6998).

⁷¹ STSJ, Social, Andalucía/Sevilla, 24 febrero 1994 (AS 757).

⁷² STSJ, Social, Madrid, 17 junio 1993 (RJ 4762).

de Obras Municipales e Inspector General de Servicios del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera⁷³, Gerente Delegado del Teatro Principal de Valencia⁷⁴, Administrador de Distrito Sanitario del Servicio Andaluz de Salud⁷⁵, Responsable del Área de Turismo de la Mancomunidad Intermunicipal Isantilla⁷⁶, Coordinador General de la Agencia Española de Cooperación Internacional en Argentina⁷⁷, Director del Departamento Técnico de la Real Federación Española de Tenis⁷⁸, Gerente del Colegio Oficial de Peritos e Ingenieros Técnicos de Álava⁷⁹, Director del Centro del Instituto Cervantes en Rabat⁸⁰, Gerente del Programa Municipal de dotación pública «Urban Calerizo» del Ayuntamiento de Cáceres⁸¹, Gerente de la Gerencia de Puertos⁸² o Seleccionador Nacional Juvenil y Entrenador de la Federación Española de Balonmano⁸³.

Pese a toda esta creación jurisprudencial no del todo consolidada, al directivo laboral de la administración esbozado en el art. 13 EBEP no se le podrá eximir de la concurrencia de las características exigidas en el Real Decreto 1382/1985, pues el EBEP se remite expresamente al mismo como fuente exclusiva de su ordenación jurídica, a no ser que, en interpretación forzada, se considere que se trata de una inclusión constitutiva en el ámbito de aplicación del Real Decreto tantas veces mencionado, similar a la que se estableció en las disposiciones final séptima Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, y adicional décima 4 Ley 30/1999, de 5 de octubre, sobre selección y provisión de plazas de personal estatutario de los Servicios Públicos de Salud, para los directivos de hospitales y centros sanitarios⁸⁴. Con el fin de evitar dudas e inseguridades, vuelve a cobrar sentido la afirmación de la necesidad de crear y regular una nueva relación laboral especial de directivo público capaz de atender a sus circunstancias específicas.

5. PUESTOS A OCUPAR

Como ya consta, no todos los directivos públicos profesionales han de ostentar la previa condición de funcionario y, por ello, el referido apartado cuarto del art. 13 EBEP habilita el recurso al contrato laboral de alta dirección cuando el tal

⁷³ STSJ, Social, Andalucía/Sevilla, 7 febrero 2006 (AS 1473).

⁷⁴ STSJ, Social, Valencia, 1 diciembre 1997 (AS 7033).

⁷⁵ STSJ, Social, Andalucía/Sevilla, 15 septiembre 2000 (JUR 68831).

⁷⁶ STSJ, Social, Andalucía/Sevilla, 26 febrero 1999 (AS 872).

⁷⁷ STSJ, Social, Madrid, 15 marzo 2004 (JUR 249080).

⁷⁸ STSJ, Social, Cataluña, 24 julio 2006 (AS 368).

⁷⁹ STSJ, Social, País Vasco, 3 febrero 2009 (AS 2009, 1999).

⁸⁰ STSJ, Social, Madrid, 6 octubre 2008 (AS 2009, 42).

⁸¹ STSJ, Social, Extremadura, 12 julio 2007 (AS 2769)

⁸² STSJ, Social, Valencia, 15 de abril de 1997 (AS 1269).

⁸³ STSJ, Social, Cataluña, 12 mayo 2006 (AS 3007).

⁸⁴ RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.: «El personal directivo público: una ampliación del ámbito subjetivo del Real Decreto 1382/1985», cit., p. 1210.

denominado personal directivo reúna la condición previa de contratado laboral al servicio de la administración o se trate de una persona ajena al empleo público. Lo que ya no hace el EBEP es determinar cuándo se puede acudir y cuándo no a la técnica de ordenación del personal directivo conforme a los parámetros jurídico-laborales, siguiendo en este punto la misma vía abstencionista que ha acogido con carácter general a la hora de regular el directivo público profesional⁸⁵.

Así, partiendo de que el colectivo del personal al servicio de las administraciones públicas se halla estructurado sobre una dualidad fundamental (funcionarios y trabajadores), procede centrar la atención en los segundos para señalar que, tal y como se encarga de aclarar el art. 11.2 EBEP, no pueden ocupar todo tipo de puestos de trabajo, pues aun cuando –según ya consta– el ordenamiento jurídico español viene posibilitando que las Administraciones cubran sus necesidades de mano de obra tanto mediante funcionarios cuanto con empleados sometidos al régimen jurídico previsto en el ET, la opción constitucional por los empleados públicos en régimen funcionarial (arts. 103.3 y 149.1.18.^a CE) conduce –como lógica consecuencia– a que deba ser la ley la encargada de determinar los casos y condiciones bajo las cuales pueden reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio que nunca pueden afectar al ejercicio del *ius imperium* por parte de los Entes públicos.

Bajo tal premisa –y como antecedente–, la Ley 23/1998, de 28 de julio, modificando la Ley 30/1992, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP), aceptó de modo acrítico la tesis mantenida por el Tribunal Constitucional⁸⁶, a partir de la cual el modelo ha de descansar sobre el régimen funcionarial, y procedió a enumerar (con una grave falta de sistemática) los supuestos en los cuales las tareas de interés general podían ser realizadas por sujetos distintos de los funcionarios⁸⁷: puestos no permanentes y fijos discontinuos; los propios de oficios, vigilancia, custodia, porteo o análogos; los de carácter instrumental correspondientes a mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social; los vinculados a expresión artística y a los servicios sociales y de protección de menores; cuantos requieran conocimientos técnicos especializados de no existir cuerpos con preparación específica; los de tareas auxiliares, instrumentales y de apoyo administrativo, y, en fin, los de trámite, colaboración y auxilio administrativo en el extranjero (art. 15)⁸⁸.

⁸⁵ MONEREO PÉREZ, J.L., y MOLINA NAVARRETE, C.: «Clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas», en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L., et alii): *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril*, Granada, 2008, p. 188.

⁸⁶ STC 99/1987, de 11 de junio, manifestando la necesidad de que la Ley establezca los puestos en los cuales, por su especial naturaleza, se reservan a los funcionarios públicos y cuantos, excepcionalmente, pueden ser ocupados por personal sin dicha condición.

⁸⁷ SAINZ MORENO, F.: «El Estatuto de la Función Pública después de la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987 y de la Ley 23/1988», *Revista de Administración Pública*, núm. 117, 1988, pp. 356 y ss. En la doctrina judicial, por todas, STS, Cont.-Admto., 11 octubre 2005 (RJ 7268).

⁸⁸ IZQUIERDO HERNÁNDEZ, F.J., y MOLINA GARCÍA, M.: *La laboralización de los funcionarios públicos*, Valencia, 1996, pp. 13 y ss.

Pese a tan limitado tenor legal, la contratación de personal laboral en el marco de la actividad desarrollada por la administración pública se ha convertido, con el paso del tiempo, en una práctica cada vez más habitual; lejos de ser excepcional, aparece plenamente normalizada hasta en su importancia numérica, sin que la reacción legal haya bastado para contenerla⁸⁹. Por tales razones, el art. 11.2 EBEP, por expresa remisión a lo previsto en el art. 9.2, pretende ahora reservar a los funcionarios «el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades gubernativas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones públicas en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración pública se establezca», utilizando una fórmula que traslada del ordenamiento europeo a efectos de la admisión de trabajadores extranjeros comunitarios en la función pública nacional.

Atendiendo a tales postulados de aplicación al ámbito aquí analizado⁹⁰, es difícil comprender que pueda haber en nuestras administraciones públicas algún puesto de trabajo que implique el desarrollo de funciones directivas profesionales que, sin embargo, no comporte la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales de la administración. Lo lógico es que, en mayor o menor grado o aunque sólo sea indirectamente, ese directivo profesional tenga atribuido este tipo de prerrogativas, debiendo disponer de márgenes razonables de decisión y gestión autónoma sobre los recursos humanos, financieros y tecnológicos de la organización⁹¹. Tal circunstancia exige, de entrada, un tratamiento más adecuado y matizado sobre la posible utilización del contrato laboral de alta dirección para las funciones definidas en el art. 13⁹², pues, en principio, ningún puesto directivo podría ser cubierto mediante personal laboral.

Ahora bien, aun cuando existe una contradicción entre la posible vinculación contractual laboral como relación laboral de carácter especial de alta dirección (art. 13.4 EBEP) y la reserva de determinados puestos a funcionarios efectuada en el art. 9.2 EBEP, lo cierto es que el propio legislador estatutario deslegitima la frontera propuesta entre lo laboral y lo funcional por dos motivos fundamentales: primero, porque el mencionado art. 9.2 remite dicha delimitación, que es básica, a cuanto determinen las leyes estatales y autonómicas de desarrollo, de modo que los linderos pueden variar de manera notable entre unas y otras administraciones públicas; segundo, porque permite en la disposición adicional quinta que las más importantes y trascendentes funciones del Estado, las de los órganos reguladores de la economía, estén en manos de contratados laborales. Es más, esta legislación general no puede imponer, sino sólo

⁸⁹ MOLINA GARCÍA, M.: *El contrato de trabajo en el sector público*, Granada, 2000, p. 19.

⁹⁰ Dictámenes del Consejo de Estado núms. 1798/2007, de 27 de septiembre, y 180/2008, de 21 de febrero.

⁹¹ JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «La dirección pública profesional: perspectiva comparada y diagnóstico de la situación en España», en JIMÉNEZ ASENSIO, R.; VILLORIA, M., y PALOMAR OLMEDO, A.: *La dirección pública profesional en España*, Madrid, 2009, p. 30.

⁹² BOLTANA BOSCH, X.: «Clases de personal (arts. 8 a 12)», en AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, 2008, p. 209.

permitir, la atribución de determinadas funciones o puestos de trabajo al personal contratado. Es la propia administración, a través de las relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares (art. 74 EBEP), la que debe decidir en cada caso el régimen aplicable⁹³, incluyendo —cómo no— los puestos de directivos profesionales que puedan cubrirse mediante laborales.

Bajo tan amplio paraguas, puede ser útil realizar un análisis comparativo del cuadro jerárquico de las organizaciones empresariales privadas y de la administración con el fin de precisar qué plazas de dirección pueden ser objeto de contratación laboral⁹⁴. Así, dentro del ámbito empresarial (particularmente en el de las Sociedades Anónimas), en la cúspide de una organización aparece un consejo de administración, cuya vinculación con la empresa se rige exclusivamente por las disposiciones de derecho mercantil que establece las líneas maestras de la gobernanza de la sociedad en cuanto organización productiva. La ejecución de estas decisiones corresponde generalmente a un presidente o un consejero delegado, cuyo régimen es igualmente mercantil, apareciendo por debajo los llamados por la legislación laboral «personal de alta dirección», que son calificados como de relación laboral especial, siempre que se den las notas que la caracterizan previstas en el art. 1.2 del Real Decreto 1382/1985. Sin embargo, en la empresa privada los cuadros directivos no finalizan ahí, sino que existe toda una serie de mandos intermedios sometidos al régimen común del Estatuto de los Trabajadores, pero que sin duda realizan también funciones gerenciales.

En el ámbito de la administración pública puede encontrarse un régimen similar. De este modo, al frente de la misma se encuentra el gobierno, cuya gestión es de carácter esencialmente político, sin perjuicio de que sus integrantes puedan ostentar asimismo la condición de máxima autoridad en el sector de competencias que tienen encomendadas (Ministerio, Consejería...). En el ámbito de la Administración General del Estado, la gestión política se atribuye a quienes son calificados por la LOFAGE como órganos superiores, es decir, Ministros y Secretarios de Estado. Por su parte, el denominado «personal de gabinete», esto es, los Directores y Subdirectores de los Gabinetes del Presidente, Vicepresidentes, Ministros y Secretarios de Estado (arts. 10 y 16 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno), también quedaría excluido del concepto de directivo que establece el EBEP, toda vez que sus cometidos de apoyo político y asesoramiento especial no encajarían en la definición de las funciones de carácter profesional propias del directivo. Para ellos debe mantenerse el régimen fiduciario del personal eventual, con nombramiento y extinción libre y, en cualquier caso, automático cuando cese el titular del cargo del que dependen⁹⁵.

La gestión administrativa, que en cierto modo pudiera corresponderse a las funciones propias del personal de alta dirección, corresponde a los Subsecretarios

⁹³ STSJ, Social, Castilla-La Mancha, 4 abril 2005 (AS 720).

⁹⁴ JIMÉNEZ ASENSIO, R.: *Altos cargos y directivos públicos*, Oñati, 1998, pp. 239 y ss.

⁹⁵ CANTERO MARTÍNEZ, J.: «Personal directivo profesional», cit., p. 168.

rios, Secretarios Generales, Directores Generales y Secretarios Generales Técnicos, así como al Delegado del Gobierno en la administración periférica, que son los que reciben, además, la denominación de «órganos directivos»; éste es el marco en el que podría encajar la figura aquí analizada. Por último, la gerencia de la administración se completa por otros dos órganos que no son altos cargos, sino simples funcionarios con responsabilidades directivas, esto es, los Subdirectores Generales y los Subdelegados del Gobierno, equivalentes al último grupo al que antes se hizo referencia cuando se habló de la empresa privada: los trabajadores comunes que tienen atribuidas ciertas responsabilidades directivas. En fin, en el seno de las administraciones de ámbito territorial inferior, la tipología de órganos de dirección es diversa, pero responde básicamente a un esquema similar a los efectos que aquí interesan.

En todo caso, la posibilidad de que en el ámbito de la Administración General del Estado los puestos anteriormente calificados como «altos cargos» (Subsecretarios, Secretarios Generales, Directores Generales y Secretarios Generales Técnicos) sean ocupados por personal directivo laboral encuentra, en la realidad, un impedimento legal en la LOFAGE, pues aparecen reservados para funcionarios de carrera, en particular del grupo A (subgrupo A1). Esta limitación implica la necesidad, primera y principal, de introducir la modificación legal oportuna para permitir su cobertura mediante personal laboral. Debe señalarse, empero, que la legislación actual ya prevé, en el caso de los Directores Generales, la posibilidad excepcional de que el Real Decreto de estructuración del Departamento correspondiente permita, en atención a las características específicas de las funciones de la concreta Dirección General⁹⁶, que su titular no reúna la condición de funcionario. Ésta podría ser la vía idónea para dar acceso al personal laboral a funciones directivas, si bien debe tenerse en cuenta que el régimen jurídico aplicable no sería estrictamente el de la LOFAGE, entrando en juego la ordenación prevista en el EBEP, tanto en lo relacionado con el nombramiento –el procedimiento requeriría publicidad y concurrencia– como con el régimen contractual, remitido a lo previsto en el Real Decreto 1382/1985⁹⁷.

Como dificultad añadida, el art. 13 EBEP no ofrece un criterio sólido para acotar su ámbito de aplicación dentro de los empleados públicos con competencias directivas al más alto nivel, y de hecho ni siquiera impide que se extienda, con las modulaciones que sea preciso, a funcionarios con responsabilidades directivas

⁹⁶ Debe advertirse que la jurisprudencia viene exigiendo que la decisión sobre la necesidad de que determinadas plazas se cubran con personal laboral y no por funcionario debe estar debidamente justificada, siendo, además, susceptible de control judicial. STS, Cont.-Admtivo., 7 de diciembre 2005 (RJ 2006, 379). En particular, afirma esta sentencia que, para escapar del régimen general de provisión de plazas, es preciso acreditar que «los especiales conocimientos y experiencias a que se refieren, o las características, condiciones y complejidades que se predicen como necesarios no se posean por los funcionarios de nivel superior». En el mismo sentido, STS, Cont.-Admtivo., 21 marzo 2001 (RJ 2622) y 6 marzo 2007 (RJ 803).

⁹⁷ DÍAZ DE ATAURI, P.J.: «Altos directivos y Administraciones públicas», en AA.VV.: *El Estatuto Básico del Empleado Público. XIX Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2009, p. 585.

en ámbitos más limitados, como pueden ser las jefaturas de servicio o de sección. Debe tenerse en cuenta que el citado precepto no incluye términos moduladores de la clase de dirección a la que se refiere, razón por la cual no puede reducirse su aplicabilidad a los casos exclusivos de «alta dirección», resultando también perfectamente ajustada a la ley la consideración de que los «directivos comunes» pueden lógicamente profesionalizarse en su gestión. Por ello, debe entenderse que el EBEP permite a la norma de desarrollo la configuración de la categoría de personal directivo profesional en un sentido muy amplio, que comprenda a todos los empleados públicos con algún grado de responsabilidad directiva por mínima que sea⁹⁸, siendo muy difícil la justificación, exigida por la doctrina judicial⁹⁹, de que ningún funcionario de carrera pueda proveer adecuadamente la plaza, caracterizada como de dirección, para que se abra la vía de la contratación laboral, que adquiere, así, un cariz marginal no deseado por el EBEP.

En una dirección aperturista, es necesario situar las nuevas posibilidades abiertas por la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales, que atribuye a la propia norma estatutaria configuradora de cada agencia la fijación de los puestos de trabajo que cabe calificar como de personal directivo. En estos casos, dejando claro que ha de tratarse de personal con especial «competencia técnica» y «responsabilidad» –art. 23–, el criterio de determinación es el de poseer un título superior, pudiendo ser funcionario, requisito que parecía el llamado a ser preferente, o laboral, mediante contrato de alta dirección. En buena medida, la regulación que aparece en esta Ley, que pretende ser la máxima expresión del proceso de modernización respecto de la gestión de los principales servicios y funciones públicas, es la que ha servido de modelo para la ordenación de la función directiva en el EBEP¹⁰⁰, debiendo entender que la conclusión a extraer en este punto no puede ser la declaración de imposibilidad de que los empleados públicos laborales desempeñen puestos de dirección (alta u ordinaria), pues ello sería contrario al espíritu del EBEP, que pretende facilitar el acceso de profesionales externos a la organización de la administración siempre que sea necesario para lograr una máxima eficiencia. La interpretación más coherente con el régimen del EBEP es considerar, pues, que lo que hace el inciso final de su art. 13 es establecer un estatuto jurídico particular para sus directivos laborales, capaz de hacer coincidir su regulación con lo previsto por la legislación laboral para un tipo específico de trabajadores: la relación laboral especial del personal de alta dirección, pero sin pretender relegar su contratación frente al nombramiento de funcionarios.

En definitiva, lo importante es que la norma de desarrollo defina de una forma clara los puestos directivos que pueden ser ocupados mediante funcionarios y también los que pueden ser cubiertos a través de personal laboral, sin primar a los primeros sobre los segundos, determinando el perfil de competen-

⁹⁸ DÍAZ DE ATAURI, P.J.: «Altos directivos y Administraciones públicas», cit., p. 579.

⁹⁹ STS, Cont.-Admtivo., 7 de diciembre 2005 (RJ 2006, 379).

¹⁰⁰ MONEREO PÉREZ, J.L. y Molina Navarrete, C.: «Clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas», cit., p. 191.

cias asignadas a los mismos y creando un registro específico para este tipo de directivos. Sin embargo, conviene alertar de nuevo de que la técnica de remisión, que el EBEP adopta cuando de personal laboral se trata, no está exenta de problemas, pues la regulación del Real Decreto 1382/1985, aún dejando un amplísimo margen a la autonomía de la voluntad, contiene algunas normas mínimas de protección del directivo que habrán de ser respetadas, lo cual resulta muy difícil de materializar cuando el empleador es, como en este caso, una administración pública.

6. PROCESO DE DESIGNACIÓN

Mientras el Real Decreto 1382/1985 fundamenta la designación del personal de alta dirección en el principio de libertad de empresa, propio del derecho-Laboral¹⁰¹ y, como derivado de éste, en el de la autonomía de la voluntad del titular de la organización productiva a la hora de contratar a quien estime conveniente sin más condicionantes (art. 38 CE), el art. 13.2 EBEP pretende que los directivos públicos, como el resto de servidores de la administración, sean seleccionados conforme a unos criterios no subjetivos o arbitrarios¹⁰², no en vano la eficacia y calidad de los servicios públicos prestados a los ciudadanos dependen de que se produzca la elección del personal más preparado¹⁰³.

Así, para acceder a la condición de directivo público tanto funcionario como laboral es imperativo superar un proceso selectivo efectuado a partir de pautas objetivas, pues todos los ciudadanos son iguales ante la ley y ante su aplicación, de manera que los poderes públicos no pueden expresar preferencias discriminatorias o fundadas en razones carentes de justificación de unos sobre otros. Dichos parámetros neutros deben fundarse, además, en los criterios de mérito y capacidad, verdaderos índices de una gestión eficaz del interés de la comunidad¹⁰⁴.

Bajo tales premisas, el art. 13.2 EBEP dispone que la designación del 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». Se percibe, así, una clara voluntad del legislador de otorgar a este colectivo un carácter netamente profesional, inclinándose por un sistema de reclutamiento en el que prevalezcan –como es lógico– no las razones de simple confianza o sintonía política, sino las de contrastada competencia objetiva en el ámbito específico de la dirección pública.

¹⁰¹ ESCUIN PALOP, V.M.: *El acceso del personal y la provisión de puestos de trabajo en la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1984, p. 162.

¹⁰² LORENZO DE MEMBIELA, J.B.: *El acceso y provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública*, 2.ª edición, Pamplona, 2009, p. 55.

¹⁰³ MARINA JALVO, B.: «Consideraciones para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público», *Justicia Administrativa*, núm. 29, 2005, p. 19.

¹⁰⁴ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: «Consideraciones en torno al derecho de igualdad en el acceso a la función pública», *Revista de Administración Pública*, núm. 121, 1990, p. 249.

Especial relevancia tiene el hecho de que se exija el seguimiento de un proceso competitivo abierto a diferentes candidatos, en el que éstos puedan acreditar sus cualidades profesionales en el campo de la dirección pública y se valoren oportunamente sus méritos. La publicidad de la convocatoria debe hacer posible su conocimiento por cualquier candidato potencial¹⁰⁵ y la idoneidad implica que se busque a la persona más capacitada, por sus conocimientos y experiencia (historial profesional), en aras al interés del servicio público que es el objetivo último de la actividad administrativa en la provisión de medios personales¹⁰⁶.

Debe tenerse en cuenta también que la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo (LOIEMH), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, no sólo obliga al gobierno a atender el principio de presencia equilibrada de unas y otros en el nombramiento o la contratación de directivos (art. 52), sino también a designar a sus órganos colegiados, comités de personas expertas o comités consultivos, nacionales o internacionales, de acuerdo con la presencia equilibrada de hombres y mujeres (art. 54).

Es obligado llamar la atención, por tanto, sobre el hecho de que la verificación de la competencia profesional del directivo profesional (funcionario y laboral) adquiere una importancia verdaderamente significativa en el texto del EBEP. Tal circunstancia entra en contradicción directa con la relación de estrecha confianza entre trabajador y empresario que marca todo el articulado del Real Decreto 1382/1985 y, cómo no, el sistema de libre reclutamiento del alto cargo por el titular de la entidad empresarial privada.

Por lo demás, el EBEP no concreta qué autoridades han de encargarse de la designación tanto si el directivo fuera funcionario como si fuera laboral, debiendo considerar necesaria la intervención de órganos colegiados, de carácter técnico e imparcial, que deberán respetar en todo caso tanto las exigencias de paridad –participación equilibrada– entre mujeres y hombres, así como también las de profesionalidad, descartando obviamente la presencia política o sindical (art. 60 EBEP). Por lo demás, el sistema de provisión de las plazas de directivo podrá ser el concurso o la libre designación (art. 80 EBEP), sin que nada impida acudir a herramientas de selección contrastadas en el sector privado, tales como los test psicotécnicos, la experiencia previa (no coincidente con antigüedad) y las entrevistas, por citar sólo algunos ejemplos¹⁰⁷.

Lo importante es efectuar una previa y exacta determinación del perfil del puesto directivo que se pretende cubrir, de modo que si se quiere seleccionar a los más adecuados y no sólo a los mejor preparados, es necesario, en primer

¹⁰⁵ Sobre la necesidad de publicidad, Dictamen del Consejo de Estado núm. 1798/2007, de 27 de septiembre.

¹⁰⁶ CORDERO SAAVEDRA, L.: «La libre designación' como sistema de provisión de puestos de trabajo. De la discrecionalidad a la arbitrariedad», *Actualidad Administrativa*, 2001, Tomo I, p. 296.

¹⁰⁷ MAESO SECO, L.: «El personal directivo: comentarios en torno al art. 13 de la Ley 7/2007», en AA. VV. (ORTEGA ÁLVAREZ, L., Dir.): *Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, 2008, p. 148.

lugar, determinar con precisión las funciones, cometidos, quehaceres, etc., del específico puesto directivo (laboral o funcional) cuya cobertura se pretende. Posteriormente, habrá que proceder a la rigurosa averiguación del cariz subjetivo del candidato tipo. Y, sólo una vez hecho lo anterior, elegir el instrumento o técnica más adecuado para el caso concreto (mérito, capacidad, idoneidad o una específica combinación de los mismos)¹⁰⁸. En fin, todo este proceder contradice de plano la filosofía que inspira el Real Decreto 1382/1985, basado, permítase la reiteración, en el principio de libertad de empresa a la hora de contratar a quien se estime más conveniente, máxime si se trata de una relación laboral en la que prima la confianza mutua entre ambas partes.

7. AUSENCIA DE NEGOCIACIÓN DE SUS CONDICIONES DE TRABAJO. EL CONTRATO INDIVIDUAL COMO REFERENTE

La regla establecida en el art. 13.4 EBEP, relativa a la circunstancia de que «las condiciones de empleo del personal directivo no tendrán la consideración de materia objeto de negociación colectiva a los efectos de esta ley», tiene plena lógica desde el momento en que el directivo asume unas evidentes funciones de rectoría, representando muchas veces a la administración pública, como órgano técnico habilitado para ello, en los procesos de negociación con los representantes de los empleados públicos¹⁰⁹. No tendría mucho sentido que el directivo, al tiempo que negocia las condiciones de trabajo de los empleados públicos que están bajo su supremacía, hubiera de ocuparse de promocionar las suyas de la mano de las organizaciones sindicales, porque eso le conduciría a una situación esquizofrénica al tener que defender intereses muy próximos a los de sus subordinados y, al tiempo, atender a los contrapuestos de la Administración en el ejercicio de su función profesional¹¹⁰.

Como con acierto se ha dicho, la justificación de la mentada exclusión aparece meridiana: «es necesario deslindar claramente los intereses en conflicto y, naturalmente, los representantes que han de defenderlos»¹¹¹. En coherencia con todo ello, el art. 37.2 c) EBEP incorpora esta materia entre las que quedan extramuros de la «obligatoriedad de la negociación», y, por tanto, entre las que los sindicatos no pueden exigir a la Administración su inclusión en las mesas negociadoras¹¹².

¹⁰⁸ FÉREZ FERNÁNDEZ, M.: *La carrera administrativa: nuevas perspectivas*, Barcelona, 2006, pp. 73 y ss.

¹⁰⁹ MARINA JALVO, B.: «Consideraciones sobre el Informe para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público», cit., p. 14.

¹¹⁰ GOÑI SEIN, J.L.: «Ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público», cit., p. 354.

¹¹¹ ROQUETS BUI, R.: «La negociación colectiva en el Proyecto de Ley del Estatuto Básico del Empleado Público y en la Ley 21/2006», *Revista General de Derecho Administrativo. Iustel. www.iustel.com*.

¹¹² MONEREO PÉREZ, J.L., y Molina Navarrete, C.: «Clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas», en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L., et alii, Dirs.): *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril*, cit., p. 185.

Será entonces la ley o –mejor– la Administración unilateralmente en el marco de la ley la que fije las condiciones de trabajo de los directivos, ya que, siguiendo a la mejor doctrina, «forman parte de una concepción alargada o prolongada de quienes deciden»¹¹³. Esta conclusión plantea interesantes reflexiones en torno a definir hasta qué punto deben ser oídos o no (o consultados) en el diseño del modelo de dirección pública tanto los sindicatos como las organizaciones profesionales de funcionarios públicos. Vistos los términos contundentes que emplea el legislador, y además, por partida doble, resulta claro que se trata de una potestad de autoorganización propia de la administración y que, en consecuencia, no debe someterse a ningún tipo de consulta, pues no afecta a las «condiciones de trabajo de los funcionarios públicos», sino que representa la institucionalización de un tercer espacio diferente al ámbito de la política, pero no coincidente tampoco con el relativo a los pactos o acuerdos¹¹⁴.

Ahora bien, si esta conclusión es clara cuando el directivo público es funcionario, se torna más complicada cuando se trata de un contratado laboral. Así, por las mismas razones anteriormente apuntadas y siguiendo idéntico razonamiento, debería ser la Administración unilateralmente en el marco de la legalidad la que determine las condiciones de trabajo de los directivos públicos de carácter laboral. En una primera aproximación, nada empañaría esta afirmación, pues el art. 16 Real Decreto 1382/1985 excluye a los altos cargos de los convenios colectivos y les prohíbe participar en la elección de los órganos de representación unitaria. Ahora bien, lo que no es tan coherente es el hecho de que el art. 3 de la misma norma reglamentaria remita al pacto de las partes la regulación de los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral del personal de alta dirección. Es más, el Real Decreto 1382/1985, con mayor fuerza y alcance que cualquier otro de su género, eleva a la voluntad de ambos contratantes en fuente reguladora esencial de la relación especial de alto cargo. Este grado de presencia de la autonomía de la voluntad se justifica claramente en razón a las funciones a desarrollar, a la independencia con que se ejercen, a la alta remuneración que normalmente se recibe, y, sobre todo, a la mutua relación de confianza entre el empresario y el trabajador que se genera. La estructura normativa adoptada por este Real Decreto configura una realidad en la que el alto cargo depende del pacto individual con el empresario; esa dependencia lo es en un porcentaje muy elevado, además, por el escaso contenido en normas mínimas que incorpora y por la remisión en bloque que efectúa a la legislación civil y mercantil, que actuarán como supletorias. Tal sistema no puede ser admitido en absoluto si se trata de un directivo público, pues las características propias del empresario-administración lo impiden *de radice*.

Esta afirmación merece, sin embargo, una reflexión más detenida con el fin de cohonestar el principio de libertad de pacto con las escasas pautas que marca

¹¹³ JIMÉNEZ ASENSIO, R.: *Directivos públicos*, Bilbao, 2006, p. 131.

¹¹⁴ JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «La función directiva en el sector público español: tendencias de futuro», cit., p. 239.

el Real Decreto 1382/1985, muchas de ellas de imposible aplicación en el sector público y algunas otras de necesaria modulación para el mismo. Según el art. 2 Real Decreto 1382/1985, la relación laboral especial de alta dirección se basa en la recíproca confianza de las partes, por la especial posición del alto directivo en el organigrama empresarial y la trascendencia de sus actos y decisiones para el éxito y las expectativas de la empresa. Por esta razón, y también por la mayor fuerza contractual de este especial trabajador, los derechos y obligaciones de las partes se regulan en primer término por su propia voluntad en aspectos tan fundamentales como la duración del contrato (art. 6) y la determinación del tiempo de trabajo y los descansos (art. 7). Es más, hasta 13 veces llama el Real Decreto 1382/1985 al contrato¹¹⁵: art. 3.1, con carácter general; art. 4, en tema de forma; art. 5.1, en cuanto al período de prueba; art. 6, en lo referente a la duración del contrato; art. 7, por lo que hace al tiempo de trabajo; art. 8.1, relativo al pacto de no concurrencia; art. 8.2, referido al pacto de permanencia; art. 8.3, tocante al pacto de no concurrencia para después de extinguido el contrato; art. 9.2, por lo que atañe a la opción por sustitución o suspensión del contrato individual de trabajo común anterior; art. 10.1, en relación con el preaviso por extinción unilateral por voluntad del alto directivo; art. 10.3, en lo que afecta a la indemnización por extinción unilateral por voluntad del alto directivo o por desistimiento unilateral del empresario; art. 11.3, referente a la opción entre readmisión o indemnización en caso de despido improcedente; en fin, art. 13, en relación al régimen jurídico de las faltas y sanciones.

Atendiendo a esta enorme trascendencia atribuida al vínculo contractual, no puede extrañar que éste deba formalizarse, a tenor de lo dispuesto en el art. 4 Real Decreto 1382/1985, por escrito, incorporando unas mínimas referencias relativas a la identificación de las partes, objeto, retribución y duración. Hasta aquí ningún problema, pues tales indicaciones podrían (y deberían) aparecer en el modelo contractual a firmar por el directivo público.

Tampoco plantea ninguna dificultad el hecho de que el alto cargo no pueda «celebrar otros contratos de trabajo con otras empresas» (art. 8.1 Real Decreto 1382/1985), pues –en sintonía con tal previsión– la disposición final 3.^a EBEP refuerza la total incompatibilidad del personal directivo, incluido el sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección, para el desempeño de cualquier actividad privada. Sin embargo, no podría ser de aplicación en el ámbito público la posibilidad de que la empresa (*in casu* la Administración) autorice la compatibilidad o se pacte expresamente entre las partes, permitida por el art. 8.1 Real Decreto mencionado. En el sector público, la condición de directivo «lleva *ope legis* la prohibición de desarrollo de una función diferente a la de la propia función directiva»¹¹⁶.

¹¹⁵ SALA FRANCO, T.: *La relación laboral de los altos directivos de las empresas*, cit., p. 58.

¹¹⁶ PALOMAR OLMEDA, A.: «Algunas pautas de orden jurídico en la delimitación de un régimen de directivos públicos», en JIMÉNEZ ASENSIO, R.; VILLORIA, M., y PALOMAR OLMEDA, A.: *La dirección pública profesional en España*, Madrid, 2009, p. 144.

Por otra parte, exenta de inconvenientes se encuentra también la posibilidad de pactar un período de permanencia del alto cargo al servicio de la Administración, teniendo ésta «derecho a una indemnización por daños y perjuicios si aquél abandona el trabajo antes del término fijado» (art. 8.2 Real Decreto 1382/1985). Cabría también la suscripción de un pacto de no competencia postcontractual, aunque ello supondría la necesidad de satisfacerle una compensación económica adecuada (llamada «salario de inactividad») a cambio de su compromiso de no prestar servicios como directivo público después de extinguido su contrato (art. 8.3 Real Decreto 1382/1985). Dicho pacto no tendría por qué ser escrito –aunque razones de seguridad jurídica lo aconsejan–, pudiendo celebrarse en el momento de contratar o en un momento posterior e, incluso, una vez finalizada la vigencia del nexo contractual, pero nunca podría ser superior a los dos años¹¹⁷ y la cuantía económica consecuente al mismo tendría que respetar los límites vigentes a los que luego se hará referencia.

No procede pasar por alto tampoco la posibilidad de pactar un período de prueba que, según el art. 5 Real Decreto 1382/1985, en ningún caso podrá exceder de nueve meses si el contrato es indefinido, transcurrido el cual sin que se haya producido desistimiento, el vínculo contractual producirá plenos efectos, computándose el tiempo de los servicios prestados. Cabe interpretar, *a sensu contrario*, que si el contrato es temporal no cabe pactar período de prueba, lo cual impedirá la resolución unilateral del nexo sin cumplir preaviso alguno ni pagar las indemnizaciones previstas en el propio Real Decreto o acordadas. Tal circunstancia privaría a la Administración de una importante arma para poder dar por terminada la relación con el directivo en los momentos incipientes de la prestación del servicio, lo cual podría contribuir a garantizar la estabilidad y profesionalidad de quienes ocupen este tipo de puestos, pero dejaría a la Administración desprotegida en algunas situaciones dignas de atención. Por tal razón, procedería admitir la posibilidad de pactar un período de prueba, incluso cuando la contratación sea por tiempo cierto, circunstancia que marca lógicamente la condición de directivo en el sector público

No hay que olvidar que puede existir un interés recíproco de las partes en establecer precisamente un período probatorio, no en vano a la Administración, que conoce ciertas cualidades (mérito, capacidad e idoneidad) del directivo antes de iniciarse la relación laboral entre ambos, le importa comprobar también la pericia del candidato, a demostrar en el ejercicio efectivo de la misión encomendada, con el fin de contrastar la valía real del mismo, para lo cual se requiere normalmente un cierto tiempo aun cuando no excesivamente dilatado. También el empleado puede estar interesado en contrastar en la práctica la manera en que debe conducirse para atender al destino que se le encomienda y las condiciones humanas y materiales en las que ha de desen-

¹¹⁷ SALA FRANCO, T.: *La relación laboral de los altos directivos de las empresas*, cit., p. 56.

volverse¹¹⁸. Lo que sí debería establecer la norma de desarrollo es, de un lado, la obligatoriedad de que el período probatorio se recoja expresamente en las bases de la convocatoria, y, de otro, la necesidad de justificar siempre la decisión de dar por terminado el contrato durante el período de prueba por parte de la administración, sin que pueda ser admisible la falta de alegación de causa, todo ello con el fin de evitar fraudes y respetar el principio de mérito y capacidad exigido para el ingreso¹¹⁹.

En fin, tal y como dispone el art. 9 Real Decreto 1382/1985, el contrato especial puede surgir *ex novo* o nacer después de una relación laboral común, en este caso como laboral al servicio de la Administración. Lo que es más dudoso es que, en este supuesto y en el sector público, se suspenda la relación común por el tiempo que dure la especial, reanudándose la primera una vez producida la terminación de relación especial de directivo público¹²⁰, pues normalmente esta persona no retornará a su puesto anterior, sino que pasará a ocupar otra plaza de directivo. En todo caso, si este supuesto se diera y atendiendo al régimen jurídico hoy vigente, sería necesario que en el contrato se especifique si la relación especial sustituye a la común anterior o si esta última se interrumpe (art. 9.2 Real Decreto 1382/1985). Las partes son, pues, libres para decidir una u otra cosa, pero esta norma reglamentaria prima la estabilidad en el empleo, de modo que, de un lado, si no existe especificación expresa al respecto se entenderá que la relación laboral común queda suspendida y no sustituida por la especial debiendo quedar garantizado el retorno, y, de otro, si se optase por la sustitución, «tal novación sólo producirá efectos una vez transcurridos dos años desde el correspondiente acuerdo novatorio» (art. 9.2). Respetando tales condiciones, en el caso de optar por la suspensión, cuando se extinga el contrato especial, el trabajador podrá reanudar la relación laboral inicial, sin perjuicio de las indemnizaciones a que pudiera tener derecho o, alternativamente, extinguir al mismo tiempo el contrato laboral común, sin necesidad de previo aviso ni de ningún tipo de acuerdo al respecto¹²¹. Atendiendo a las particularidades obrantes en el sector público, una regulación expresa de tales extremos debería establecerse en la norma de desarrollo del EBEP, aclarando que si el directivo fuera, en su origen, personal laboral al servicio de la Administración, podría volver a ocupar su puesto originario si no pasara a cubrir una ulterior plaza de directivo en un breve período de tiempo, siendo conveniente la cobertura transitoria de la primera plaza mediante un contrato de interinidad. Sea como fuere, la norma reguladora de la relación laboral especial de directivo público debería articular idóneos sistemas de movilidad directiva, permitiendo el trasvase entre los distintos niveles de gobiernos (al menos en determinados espacios territo-

¹¹⁸ IGLESIAS CABERO, M.: *Relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección*, Madrid, 1994, p. 93.

¹¹⁹ Así lo viene exigiendo la doctrina judicial para los trabajadores ordinarios. Por todas, SSTSJ, Social, Castilla-La Mancha, 19 diciembre 2006 (AS 1810).

¹²⁰ SST, Social, 22 enero 1990 (Ar. 178) y 21 febrero 2006 (Ar. 1462).

¹²¹ SALA FRANCO, T.: *La relación laboral de los altos directivos de las empresas*, cit., p. 89.

riales). Muy importantes son, a estos efectos, las sinergias que se pueden entablar entre las distintas Administraciones en el terreno de la formación de directivos para tutelar el tránsito fluido de personal debidamente capacitado y cualificado para el ejercicio de sus funciones en el marco que sea necesario¹²².

En fin, el contenido del contrato individual del alto directivo es ciertamente importante, pues en él deberán regularse los aspectos más sobresalientes de la relación laboral, de ahí la trascendencia de que los términos del mismo estén bien definidos. Pero tampoco debe olvidarse que la norma de desarrollo del EBEP debería establecer pautas de carácter mínimo a respetar, sobre todo por lo que hace al contenido a incluir obligatoriamente en el documento contractual para el cual sería conveniente diseñar un modelo oficial, al período de prueba, a los pactos de permanencia y de no competencia postcontractual, a la incompatibilidad absoluta con el ejercicio de actividades privadas o a la posible suspensión del contrato laboral si el directivo hubiera estado vinculado con la Administración con carácter previo. Todas estas cuestiones necesitan de una atención detenida por la norma de desarrollo, sin que puedan quedar como hasta ahora al libre pacto entre las partes o a la aplicación de las pocas previsiones establecidas en el Real Decreto 1382/1985, cuyo encaje es muy difícil cuando de un directivo del sector público se trata.

8. RETRIBUCIÓN POR CUMPLIMIENTO DE OBJETIVOS

Omisión significativa se produce en el art. 13 EBEP sobre la materia retributiva del colectivo aquí analizado, dejando en una ambigüedad, no se sabe si calculada, la posibilidad de establecer un sistema de remuneración en función de los resultados, permitiendo, en principio, compensar el desempeño de su cargo con un montante económico incluso más elevado que el de los funcionarios de cuerpos superiores. Tal disponibilidad retributiva encaja perfectamente con lo dispuesto en el art. 4.2 Real Decreto 1382/1985, que deja libertad contractual absoluta (en la empresa privada) en cuanto a la estructura y cuantías económicas, lo que no puede entenderse aplicable es la garantía del salario de los directivos a cargo del Fondo de Garantía Salarial (disposición adicional quinta ET), pues en el sector público tal previsión carece de sentido¹²³.

Una limitación cuantitativa debería establecerse, no obstante, en la normativa de desarrollo, tanto si el directivo es funcionario como si es laboral. Así, aun cuando el directivo, al no estar incluido dentro del art. 8.2 EBEP, no es una clase de empleado público, de modo que no se le aplicarían las previsiones del régimen genérico previstas para éstos en el EBEP¹²⁴, lo cierto es que, en este

¹²² JIMÉNEZ ASENSIO, R.: *Directivos públicos*, cit., p. 161.

¹²³ CAVAS MARTÍNEZ, F.: «El Fondo de Garantía Salarial», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, Tomo I, pp. 705 y ss.

¹²⁴ JIMÉNEZ ASENSIO, R.: *Directivos públicos*, cit., p. 137.

caso, el tope retributivo debería encontrarse, por imperativo de la lógica, en lo previsto en el art. 21 EBEP, en virtud del cual «las cuantías de las retribuciones básicas y el incremento de las cuantías globales de las retribuciones complementarias de los funcionarios, así como el incremento de la masa salarial del personal laboral, deberán reflejarse para cada ejercicio presupuestario en la correspondiente Ley de Presupuestos». Está claro que, aunque el EBEP no impone cotas expresas, en ningún caso la retribución del personal directivo público (laboral o funcionario) puede ser exorbitante, comprometiendo los recursos de la Administración en cuestión¹²⁵, máxime en época de recesión económica en la que la necesidad de reducir el déficit público es una meta ineludible.

Gran importancia tendrán las retribuciones complementarias y, entre ellas, las que atiendan al grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el directivo desempeñe su trabajo y los resultados obtenidos [art. 24.c) EBEP]¹²⁶. Asimismo, se deberán diferenciar las retribuciones de los puestos directivos no en función de su denominación formal, sino de sus tareas y responsabilidades (personal a su cargo, presupuesto, tipo de actividad...)¹²⁷. A este respecto, habrá de combinarse la retribución variable con las garantías de consolidación de ventajas retributivas para cuando finalice este período si se quiere ofrecer un sistema atractivo. Muy importante sería, a estos efectos, la configuración de un sistema de «premios y castigos» en función de los resultados obtenidos en la gestión, galardonando el buen rendimiento, y, en su defecto, penalizando el cumplimiento insuficiente de los objetivos y metas fijados¹²⁸. El establecimiento de unos topes máximos claros y contundentes no puede ser, sin embargo –permítase la reiteración–, olvidado.

En fin, procede no perder de vista que el art. 87.3 EBEP, en sus dos últimos incisos, establece un régimen jurídico específico de retribuciones para aquellos funcionarios que hayan sido nombrados altos cargos, recogiendo, de un lado, una genérica previsión de que las «Administraciones públicas velarán para que no haya menoscabo en el derecho a su carrera profesional»; y, de otro, un mínimo de garantía para este colectivo cuando afirma que «... estos funcionarios (como poco) recibirán el mismo tratamiento en la consolidación de grado y conjunto de complementos que el que se establece para quienes hayan sido Directores Generales y otros cargos superiores de la correspondiente Administración pública»¹²⁹. En virtud de esta previsión, el directivo público con la con-

¹²⁵ PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho del empleo público. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, 2007, p. 91.

¹²⁶ SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Clases de personal», en AA.VV. (SÁNCHEZ MORÓN, M., Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid, 2008, p. 113.

¹²⁷ JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «La función directiva en el sector público español: tendencias de futuro», en AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., p. 234.

¹²⁸ JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «La dirección pública profesional: perspectiva comparada y diagnóstico de la situación en España», cit., p. 31.

¹²⁹ JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «La función directiva en el sector público español: tendencias de futuro», cit., p. 93.

dición de «alto cargo» mantendrá el privilegio de disponer del complemento de director general cuando retorne a su puesto originario durante el resto del tiempo que preste servicios para la Administración, independientemente del concreto organismo o demarcación donde se ubique¹³⁰. De una previsión de contenido similar a ésta debería poder beneficiarse también el personal laboral de la Administración que pase a ocupar una plaza de directivo público, permitiendo, al tiempo, exportar el complemento económico si se trata de una persona perteneciente a la Administración, que retorna a su puesto de origen o pasa a ocupar otro distinto.

9. TIEMPO DE TRABAJO

Ninguna previsión establece el EBEP en relación con la dedicación horaria del personal directivo a su actividad profesional, pero lógico será establecer reglas distintas de las aplicables al resto de los empleados públicos en materia de jornada de trabajo y, en su caso, de descanso. Tal regulación puede ser incorporada, cuando se trata de personal directivo laboral, en el contrato, pues el art. 7 Real Decreto 1382/1985 establece que «en materia de jornada, horarios, fiestas, permisos y vacaciones» se estará a lo pactado en las cláusulas contractuales, con un límite harto impreciso, pero, a su vez, razonable, consistente en que «las prestaciones a cargo del empleado no excedan notoriamente de las que sean usuales en el ámbito profesional correspondiente». Si, por el contrario, se trata de un funcionario, será la Administración unilateralmente quien fije tales condiciones, pues así lo hace con carácter general, tal y como habilita el art. 47 EBEP¹³¹.

No puede olvidarse, sin embargo, que si en la generalidad de los casos es difícil precisar el tiempo efectivo de trabajo, cuando se trata de un directivo laboral el problema adquiere mayores proporciones, pues normalmente va a dedicar un buen número de horas a desempeñar cometidos que, aun relacionados con los cometidos propios de su cargo, no podrían calificarse como específicos de su jornada de actividad. En tal sentido pueden mencionarse la asistencia a reuniones, programación de entrevistas, viajes, visitas... Es más, ese personal debe resolver importantes y difíciles problemas que afectan a la planificación general de la actividad pública; en la búsqueda de soluciones dedica no sólo el tiempo comprendido entre los límites de la jornada diaria, sino incluso el que, teóricamente, le corresponde para el descanso¹³². Debe tenerse en cuenta, por tanto, la propia naturaleza de las funciones de alta dirección que admiten

¹³⁰ STC 32/2000, de 3 de febrero.

¹³¹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Capítulo V. Derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones», en AA.VV. (PALOMAR OLMEDA, A., y SEMPERE NAVARRO, A.V., Dirs.): *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2.ª edición, Pamplona, 2009, pp. 445 y ss.

¹³² IGLESIAS CABERO, M: *La relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto)*, Madrid, 1994, p. 103.

modalidades de cumplimiento de la prestación de los servicios en el propio domicilio del directivo o incluso en el lugar en que aquél pase su tiempo de asueto o en el medio de transporte que utilice para sus desplazamientos, haciendo uso de los ingenios que la alta tecnología pone al alcance del individuo y que le permiten la comunicación de sus decisiones o la emisión de documentos a larga distancia¹³³.

Por todas estas razones, se debería dejar a la voluntad de las partes la facultad de regular el tiempo de trabajo, así como la fijación cuantitativa de la compensación económica que por ello se deba. No obstante, la normativa reguladora de la relación laboral especial sobre el directivo público debería establecer unos mínimos, dejando claro que el directivo no tendrá horario fijo, debiendo permanecer en todo momento a disposición de la Administración, que podrá requerir sus servicios incluso en días festivos, siendo compensadas tales horas de trabajo con otros días de permiso previo de acuerdo con la Administración. Será conveniente, además, que en la norma de desarrollo se fije la duración de las vacaciones, pero previendo que la fecha concreta de disfrute podrá variarse en cualquier momento por mutuo acuerdo de las partes o por necesidades sobrevenidas difícilmente previsibles.

10. CESE Y CLÁUSULAS DE BLINDAJE

La profesionalización del personal directivo regulado por el EBEP se hace evidente, una vez más, en el enunciado del apartado tercero del art. 13 cuando prevé su evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en atención a los objetivos que le hayan sido fijados, de forma que si la evaluación resulta negativa podrá ser cesado en el ejercicio de su cargo.

Ello entronca con uno de los elementos centrales de la función directiva pública, a saber: la amplia extensión de facultades y competencias reconocidas, así como su efectivo y real ejercicio, exigen el establecimiento de depuradas técnicas para la vigilancia del quehacer de los mismos. Si se les atribuyen prerrogativas para definir estrategias, marcar metas y diseñar programas, se les debe también exigir responsabilidades por el ejercicio de las mismas y ese control de su actividad y de su rendimiento es lo que sanciona aquí el EBEP con su cese. Además del establecimiento de sistemas objetivos de evaluación por órganos técnicos creados al efecto, muy importante será también que el propio directivo elabore un informe de gestión a partir del cual poder sacar conclusiones fiables sobre el grado de aprovechamiento en el desarrollo de su actividad. Es lógico que la evaluación positiva tenga consecuencias retributivas, vinculadas a la productividad o consecución de resultados. Ahora bien, si dicha evalua-

¹³³ MARTÍNEZ MORENO, C.: *La relación de trabajo especial de alta dirección*, Madrid, 1994, p. 235.

ción es desfavorable, la consecuencia inmediata sería la expulsión del directivo de su cargo.

Con todo, mientras tal regulación es clara para el funcionario, en el cese del directivo laboral, atendiendo a lo previsto en el Real Decreto 1382/1985, va a jugar un papel importantísimo, una vez más, la voluntad de las partes plasmada en el contrato. Se trata de un ámbito normativo que en gran medida acusa las repercusiones de la confianza reforzada que fundamenta y caracteriza dicha relación: quiebra de la estabilidad en el empleo del directivo que puede ser despedido, en clara diferencia frente al resto de trabajadores, sin causa¹³⁴; en contrapartida, cobran significativa importancia las cláusulas sobre indemnizaciones habitualmente insertas en los contratos de alta dirección conocidas normalmente como «blindajes»¹³⁵, cuya característica principal es la fijación de una cantidad superior a la que se obtendría aplicando el propio baremo normativo previsto en el Real Decreto 1382/1985, que es meramente residual¹³⁶.

Ambas previsiones (despido sin justificación, y, por tanto, sin evaluación de ningún tipo, y libertad de pactos compensatorios) chocan de manera frontal con lo previsto en el art. 13 EBEP, que debe gozar, lógicamente, de preferencia aplicativa. Así, cuando se trate de un directivo público laboral es necesario, de un lado, diseñar también un sistema adecuado de evaluación de su gestión, capaz de demostrar que su no superación puede motivar el cese como directivo y, de otro, arbitrar los mecanismos necesarios para permitir la limitación o reducción de las cuantías —cómo no— de los posibles pactos indemnizatorios, con el fin de que no resulten abusivos o desproporcionados, no sólo en relación con el perjuicio causado al directivo como consecuencia de la pérdida de su puesto, sino también con el propio nivel retributivo del mismo y con la planificación económica y presupuestaria de la administración¹³⁷.

De este modo, procedería actualizar, en la norma de desarrollo del EBEP, los criterios recogidos en la resolución de 27 de diciembre de 1993, por la que se establecen instrucciones para limitar la cuantía de las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo de los altos cargos y personal directivo del sector público estatal (Administración General del Estado, organismos autónomos de ella dependientes y entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social)¹³⁸, debiendo entender nulo sin más el pacto incorporado al contrato del directivo que estableciera indemnizaciones superiores a las previstas en

¹³⁴ STC 190/2001, de 1 de octubre, para el Director del Ente Público RTVE; ATCo 206/1999, de 28 de julio, para el Director General de la Fundación del Teatro Línico; STSJ, Social, Madrid 10 enero 2006 (AS 948) para el Presidente de FEVE o STS, Social, 30 mayo 2006, con carácter general para los directivos de organismos públicos.

¹³⁵ MARTÍNEZ MORENO, C.: «El personal de alta dirección, una relación especial, siempre de actualidad», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 125, 2005, p. 836.

¹³⁶ DE VAL TENA, A.L.: *Los trabajadores directivos en la empresa*, Pamplona, 1999, p. 290.

¹³⁷ MARTÍNEZ MORENO, C.: *La extinción del contrato de alta dirección*, Valencia, 1995, p. 86.

¹³⁸ MARTÍNEZ MORENO, C.: «La indemnización por cese de los altos cargos en el sector público estatal», *Actualidad Laboral*, núm. 17, 1993, pp. 245 y ss.

la norma general de aplicación (7 días de salario por año de servicio con el máximo de seis mensualidades)¹³⁹.

Según esta misma Resolución, en las Entidades de Derecho Público, con personalidad jurídica, que por ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado, y en el resto de Entes del sector público estatal, hay que tener en cuenta los dos extremos siguientes: de un lado, respecto a los Presidentes, Vicepresidentes, Directores Generales, con funciones ejecutivas del máximo nivel y, en general, aquellos puestos de Entes y Entidades de Derecho Público asimilados a la condición de alto cargo, no se pueden 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 en el cargo que ocupan; de otro –y con mayor margen–, en los contratos de trabajo que se celebren con el personal de alta dirección, las cuantías que pueden pactarse para los supuestos de extinción por desistimiento del empresario deben limitarse como máximo a las indemnizaciones que en la fecha de extinción del contrato estén pensadas respecto del despido improcedente (art. 56 ET –45 días–), no pudiendo exceder en ningún caso de 12 mensualidades¹⁴⁰.

En fin –y al igual que en el caso anterior–, en aquellas sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Administración del Estado o de sus Organismos Autónomos y demás Entidades de Derecho Público no se pueden reconocer a los Presidentes, Consejeros Delegados o Administradores, que ejercen las funciones ejecutivas de máximo nivel, por cese en el cargo o por la extinción del contrato de alta dirección, indemnizaciones superiores a las previstas para el despido improcedente con un máximo de doce mensualidades¹⁴¹.

En este sentido, cabe señalar también que la Ley 1/2004, de 31 de mayo, de la Comunidad de Madrid, en su art. 31, vino a establecer 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 Autónoma¹⁴².

¹³⁹ Siguiendo la argumentación de la STSJ, Social, Madrid, 28 noviembre 2005 (AS 2006, 166), comentada por DE VAL TENA, J.L.: «Extinción del contrato de alta dirección por desistimiento empresarial: el cese del Director Gerente de un hospital público y la pretendida limitación de las indemnizaciones», *Aranzadi Social*, BIB 2006/4999. www.westlaw.es. En la doctrina judicial, SSTSJ, Social, País Vasco, 19 octubre 1999 (AS 4764) y 24 julio 2001 (AS 4433) y STSJ, Social, Asturias, 26 septiembre 2003 (AS 4016).

¹⁴⁰ AA.VV.: *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Social 2010*, Madrid, 2010, p.434.

¹⁴¹ MARTÍNEZ MORENO, C.: «La indemnización por cese de los altos cargos en el sector público estatal», cit., pp. 246 y ss.

¹⁴² RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.: «El personal directivo público: una ampliación del ámbito subjetivo del Real Decreto 1382/1985», cit., p. 1191.

En este contexto, cabe descender a los tres supuestos siguientes¹⁴³:

1. Si se trata de un despido disciplinario, basado en un incumplimiento grave y culpable del directivo, cuya indemnización, en el caso de que sea impropcedente, y salvo pacto en contrario, será, según lo previsto en el art. 11.2 Real Decreto 1382/1985, de veinte días del salario en metálico por año de servicio y hasta un máximo de doce meses, no hay que olvidar que la posibilidad de pactar blindajes ha de quedar condicionada por lo previsto en el art. 6 Ley 14/1998, de 28 de octubre, de retribuciones de altos cargos, en virtud del cual «las indemnizaciones que se establezcan a favor del personal directivo de sociedades públicas y entes públicos de derecho privado se ajustarán en todo caso al régimen previsto en esta Ley (una mensualidad de retribución) o, si resultaran más beneficiosos, a los mínimos de derecho necesario contenidos en la legislación social que fuera de aplicación»¹⁴⁴. Esta limitación de una mensualidad debería incorporarse a la norma que desarrolle la regulación del directivo público laboral.

Es más, aun cuando la opción entre la readmisión o el abono de la indemnización económica depende del acuerdo alcanzado entre el trabajador y el empresario, debiendo entender que en caso de desacuerdo se opta por el abono de las percepciones económicas (art. 11.3 Real Decreto 1382/1985), lo cierto es que, si se trata de un directivo público laboral, la consecuencia de un despido disciplinario impropcedente ha de ser únicamente la readmisión (art. 96.2 EBEP) y así se debería establecer en la norma de desarrollo. Además, cabe recordar que la jurisprudencia ha manifestado con rotundidad que no ha lugar a salarios de tramitación (esto es, aquellos generados desde el momento en que se produce el despido hasta la notificación de la sentencia) en los supuestos de despido de los altos directivos¹⁴⁵ y que en el cómputo del tiempo de servicios cuando se han sucedido etapas en las que el empleado ha ostentado la posición de trabajador ordinario y directivo en sucesivos períodos, no cabe la acumulación de los mismos¹⁴⁶. Tales consideraciones deberían aparecer reflejadas en la norma reguladora de la relación laboral especial.

Todo lo relativo a los principios éticos y de conducta que han de regir la actuación de los órganos directivos, cuya vulneración podría justificar en los casos más extremos un despido disciplinario, se encuentra en la Orden de 3 de marzo de 2005, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005, en virtud del cual se aprueba el código de buen gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado. Este régimen ha de ser completado con lo

¹⁴³ MONTOTOYA MEDINA, D.: *La extinción del contrato de trabajo del alto directivo*, Pamplona, 2008, pp. 20 y ss.

¹⁴⁴ ALEMANY ZARAGOZA, E.: *La relación laboral del directivo. Contratación y extinción. El contrato blindado*, Pamplona, 1994, pp. 33 y ss.

¹⁴⁵ SSTS, Social, 5 junio 2000 (rec. 3809/1999) y 26 abril 2001 (RJ 4609).

¹⁴⁶ SSTS, Social, 28 junio 2002 (rec. 2460/2001) y 18 febrero 2003 (RJ 3806).

dispuesto en la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, que establece las exigencias y cautelas necesarias para garantizar que no se van a producir situaciones que pongan en peligro la objetividad, imparcialidad e independencia del directivo público¹⁴⁷. Sin olvidar que la nueva redacción introducida por el EBEP en el art. 16.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, que entrará en vigor cuando lo haga la nueva regulación de los derechos retributivos, lo que coincidirá con la aprobación de las leyes de desarrollo de las distintas Comunidades Autónomas, tiene una consecuencia evidente: la equiparación a efectos de incompatibilidades del personal directivo, con independencia de la naturaleza del vínculo que le une con la organización, cuando las retribuciones complementarias que tengan derecho a percibir del apartado b) del art. 24 EBEP incluyan dicho factor de incompatibilidad, al personal retribuido mediante arancel¹⁴⁸. Todas estas circunstancias deberían aparecer también en la norma de desarrollo del EBEP, cuya vulneración podría justificar en los casos más extremos la extinción de la relación contractual con el directivo.

2. El libre desistimiento del empresario sin necesidad de causa que justifique su comportamiento, para dar por finalizado el contrato con el alto directivo, con las consecuencias indemnizatorias pactadas o, como mínimo, con una indemnización de siete días de salario por año de servicio con el límite de seis mensualidades (art. 10.1 Real Decreto 1382/1985), es de dudosa aplicación en el marco del directivo público, pues el art. 13 EBEP exige inexcusablemente el sometimiento del mismo a un sistema de evaluación objetiva, que parece vedar la posibilidad de un cese libre o absolutamente discrecional de los directivos públicos en sus cargos.

Lógico será, por tanto, que el Real Decreto que regule la relación laboral especial de directivo público establezca un cese basado exclusivamente en los resultados de gestión, con la articulación de un período temporal de desempeño durante 3, 4 ó 5 años, en los que la remoción discrecional no cabría en ningún caso, pudiendo participar el titular del puesto directivo, una vez acabado el período, en la nueva convocatoria, valorándose, obviamente, los resultados previos de su actuación.

3. La extinción unilateral por voluntad del alto directivo obliga a distinguir entre el desistimiento sin motivo justificado y la resolución causal. En el primer caso, debe mediar un preaviso mínimo de tres meses, pudiendo ampliarse por contrato hasta seis meses en aquéllos celebrados por tiempo indefinido o de duración superior a cinco años (art. 10.1 Real Decreto 1382/1985). En estos

¹⁴⁷ CANTERO MARTÍNEZ, J.: «Personal directivo profesional», cit., p. 170.

¹⁴⁸ ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, P.: «Incompatibilidades», en AA.VV. (Castillo Blanco, F.A., Dir.): *Manual de Empleo Público*, Madrid, 2009, p. 749.

casos, si se cumple el plazo de preaviso reglamentario o contractual, el contrato se extingue por la voluntad del trabajador sin necesidad de intervención judicial y no habrá derecho de indemnización ni para el directivo ni para la empresa. En el supuesto de incumplimiento del término previsto para el preaviso, el titular de la organización productiva tendrá derecho a «una indemnización equivalente a los salarios correspondientes a la duración del período incumplido» (art. 10.2 Real Decreto 1382/1985). Tal regulación, que puede ser perfectamente aplicable si se trata de un directivo público, debería incorporarse en la normativa de desarrollo, entendiéndose, no obstante, que la relación del directivo público ha de ser siempre temporal.

En el segundo supuesto, esto es, si fuera el directivo el que extinguiera el contrato pero mediara justa causa, derivada del incumplimiento por parte de la Administración, no será necesario observar plazo de preaviso alguno, «teniendo derecho a las indemnizaciones pactadas y, en su defecto, a las fijadas para el caso de extinción por desistimiento del empresario», esto es, el «equivalente a 7 días de salario en metálico por año de servicio con el límite de 6 mensualidades» (art. 10.3 Real Decreto 1382/1985). La nueva regulación debería mantener sólo la innecesariedad del preaviso y la indemnización equivalente mencionada para compensar el perjuicio sufrido por el directivo sin permitir pacto adicional al respecto. Entre las causas justificativas, destaca lo previsto en el art. 10.3. d), que menciona «la sucesión de empresa o el cambio importante en la titularidad de la misma, que tenga por efecto una renovación de sus órganos rectores o en el contenido y planteamiento de su actividad principal, siempre que la extinción se produzca dentro de los tres meses siguientes a la producción de tales cambios». Tal tenor en el marco de la Administración Pública debería interpretarse como cualquier novación en la composición del órgano de gobierno que nombró al directivo, razón por la cual admitir esta posibilidad podría perjudicar el carácter profesional que se le quiere dar al puesto de directivo público, el cual –como ya consta– debe estar por encima de los avatares políticos. Sería aconsejable, por tanto, la no incorporación de esta previsión en la nueva norma que regule este tipo de relación laboral especial.

Las otras causas (modificación sustancial de las condiciones de trabajo que redunden notoriamente en perjuicio de su formación profesional o sean decididas con grave trasgresión de la buena fe por parte del empresario, falta de pago o retraso continuado en el abono del salario o cualquier otro incumplimiento contractual grave por parte del titular de la organización empresarial) son más difíciles de materializar en el seno de la Administración Pública. No obstante, en el hipotético caso de que se dieran (en paradigmático ejemplo, directivo sometido a *mobbing* por su inmediato superior), las consecuencias deben ser las generales anteriormente descritas: innecesariedad de preaviso e indemnización de 7 días de salario por año de servicio con el límite de 6 mensualidades, sin perjuicio del derecho adicional a la indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el directivo si hubiere motivo para ello y con posibilidad de ejercitar la acción de regreso por parte de la Administración frente a la autoridad responsable.

11. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

Atendiendo a la singular posición que el directivo ocupa en la empresa, que tradicionalmente le ha valido el calificativo de *alter ego* del titular de la organización productiva y que supone que se le atribuyan facultades típicamente empresariales, a duras penas se compagina con su sometimiento a un régimen estricto de infracciones y sanciones, pues ello casa mal con una relación fundada en la mutua confianza y caracterizada por la atribución al empleado de las más elevadas facultades de decisión y en la imputación, en concordancia con ello, de las consiguientes responsabilidades en todos los órdenes. De ahí que el Real Decreto 1382/1985 remita en este punto a lo que se pacte entre las partes.

Siguiendo este esquema, para el directivo laboral no regirían las normas disciplinarias aplicables al resto de los empleados públicos, sino que el poder sancionador existirá o no en función de lo que las partes decidan y los términos en los cuales adopten el acuerdo al respecto, pudiendo, además, implantar sanciones sin seguir ningún procedimiento de imposición pautado. Tal remisión a los términos del contrato no encaja para nada con los parámetros que rodean al régimen disciplinario aplicable a los empleados públicos, construido sobre los conceptos de supremacía especial y jerarquía, mediante el diseño de un sistema sancionador informado por los principios –herederos en buena medida de sus «hermanos» penales– de tipicidad legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), antijuridicidad, culpabilidad, proporcionalidad, prohibición de la analogía *in peius*, irretroactividad de las normas desfavorables (pero retroactividad de las favorables) y *non bis in idem*, sin olvidar que todos ellos carecerían de virtualidad práctica cuando la sanción no fuera impuesta siguiendo el correspondiente procedimiento sancionador (*nulla poena sine iudicium*)¹⁴⁹.

La legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones exige su oportuna predeterminación normativa o, en el caso del personal laboral, de los convenios colectivos [art. 94.2. a) EBEP]. En tanto en cuanto el personal de alta dirección está excluido del ámbito de aplicación de los convenios colectivos, procede interpretar que ha de ser también la ley la que predetermine la relación de faltas disciplinarias.

Un texto legal debería tipificar, por ende, las infracciones de los directivos públicos, sean funcionarios o laborales. Ahora bien, la doctrina del máximo intérprete de la norma fundamental¹⁵⁰ entiende que la especificación de los comportamientos ilícitos, muy graves, graves o leves, debe contener, como es evidente, al menos, los elementos definitorios básicos de las infracciones, lo cual hace que sea compatible el principio de legalidad y, por derivación, el de tipicidad, con el hecho de que reglamentariamente puedan ser definidos otros elementos del tipo, de manera que mediante la colaboración entre la ley y el

¹⁴⁹ CÁMARA DEL PORTILLO, D.: *Régimen disciplinario de los empleados públicos*, Madrid, 2008, pp. 19 y ss.

¹⁵⁰ Que se inicia con la STC 42/1987, de 7 de abril.

reglamento se puedan conocer razonablemente las conductas sancionables, pudiéndose hacer uso para ello, máxime tratándose de ilícitos disciplinarios, incluso, de conceptos jurídicos indeterminados, de la remisión a otras normas o de los deberes genéricos o deontológicos¹⁵¹. Lo que está claro es que, si se trata de personal laboral, la intervención normativa de las Comunidades Autónomas mediante ley o decreto aparece vetada.

Sea como fuere, entre el elenco de las faltas muy graves debería hacerse referencia a lo previsto en el art. 17.1 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, el cual recoge el «incumplimiento de las normas de incompatibilidades a que se refiere esta ley, la presentación de declaraciones con datos o documentos falsos y el incumplimiento de sus obligaciones en relación con la gestión de valores y otros activos financieros negociables en un mercado organizado». Como infracción grave debería incluirse, entre otras, lo dispuesto en el art. 17.2 de la Ley 5/2006, que se refiere a «la no declaración de actividades y de bienes y derechos patrimoniales en los correspondientes registros dentro de los plazos establecidos, cuando se subsane tras el requerimiento que se formule al efecto, y la omisión deliberada de datos y documentos que deban ser presentados conforme a lo establecido en esta ley».

En fin, las mismas afirmaciones vertidas para la tipificación de las infracciones deben hacerse para la concreción de las sanciones, debiendo recogerse como sanción muy grave, entre otras, la prevista en el art. 18.2 de la Ley 5/2006, referida a la destitución en el cargo público y la no percepción, en el caso de que la llevara aparejada, de pensión indemnizatoria, quedando éste obligado a restituir las cantidades percibidas indebidamente.

Cabe recordar también que, aunque la Constitución haya reconocido sin más límite ni cortapisa el derecho de sancionar por parte de la Administración, el máximo intérprete de la Norma Fundamental ha dejado claro que ésta debe seguir unos parámetros básicos (presunción de inocencia, derecho de audiencia y actividad probatoria), sin los cuales podría hablarse de auténtica indefensión frente al omnímodo poder del aparato administrativo¹⁵², quedando vetada, por tanto, la posibilidad de imponer sanciones de plano, so pena de nulidad de las mismas¹⁵³. La exigencia de un *iter* procedimental es, pues, una garantía tanto del acierto en la decisión como de los derechos de defensa y presunción de inocencia del inculpado, que son derechos constitucionales de aplicación general a los procedimientos sancionadores públicos, inclusive los disciplinarios¹⁵⁴.

¹⁵¹ SÁNCHEZ MORÓN: *Derecho de la función pública*, 5.ª edición, Madrid, 2008, p. 404.

¹⁵² GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración. Dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 29, 1981, pp. 359 y ss.

¹⁵³ SSTS, Cont.-Adm. tivo., 6 octubre 1997 (Ar. 7676), 13 de octubre de 2000 (RJ 7915), 16 de julio de 2001 (RJ 6762), 21 de mayo de 2002 (RJ 5082) y 25 de septiembre de 2005 (RJ 6990).

¹⁵⁴ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la función pública*, cit., p. 332.

Así, bajo la premisa ineludible de que en este tipo de procedimientos punitivos deben quedar salvaguardadas las garantías del art. 24 CE¹⁵⁵, el art. 98.1 EBEP, al establecer la vía formal a seguir para sancionar a los empleados al servicio de la Administración, supedita la imposición de faltas graves o muy graves a la instrucción del oportuno procedimiento, permitiendo, sin embargo, que las faltas leves se tramiten a través de un cauce sumario con audiencia del interesado. Se instrumentan, así, dos pautas genéricas, necesitadas de oportuno desarrollo en cuanto a su contenido.

Han de ser, por tanto, la ley o el reglamento de las Comunidades Autónomas o del Estado los cauces destinados a establecer los trámites pormenorizados a seguir en los respectivos procedimientos disciplinarios aplicados a los directivos funcionarios. Si fueran laborales, es de sobra conocido que las primeras carecen de competencias al respecto, debiendo ser el segundo quien proceda al efecto.

De todos modos, no hay que olvidar que el art. 13 Real Decreto 1382/1985 establece una regla especial en materia de plazo de prescripción de las faltas, acorde con la lógica de esta relación, al fijar un término de doce meses desde su comisión o conocimiento por la empresa, espacio temporal común y único para todas las faltas, con independencia de su gravedad o graduación, y más prolongado que el genérico aplicable al trabajador ordinario (diez días para las leves, veinte para las graves y sesenta para las muy graves y, en todo caso, a los seis meses desde que se hubieran cometido –art. 60 ET–). Dicha previsión prescriptiva especial podría incorporarse al código de conducta que debe diseñarse para el personal directivo laboral, dentro del cual, como característica más destacada, debería aparecer –permítase la reiteración– la siguiente: en el caso de que el resultado de gestión sea negativo, el directivo puede ser sancionado con pérdidas económicas e, incluso, con la separación del cargo.

12. CONCLUSIÓN

El hecho de que puedan convivir en un mismo espacio físico personal directivo sometido al régimen laboral y personal directivo de carácter funcional no plantea ningún problema de constitucionalidad¹⁵⁶. De hecho, el máximo intérprete de la Norma Fundamental justifica la existencia de ambos sistemas de personal al servicio de la Administración Pública, en relación a puestos no directivos, y afirma que se trata de «regímenes jurídicos distintos aplicables a situaciones distintas, uno estatutario y otro laboral, puesto que no son los mismos los derechos y deberes de uno y otro y es razonable esa distinción, ya que la igualdad de trato de funcionarios y trabajadores no se infiere de la Constitu-

¹⁵⁵ SSTC 18/1981, de 8 de junio; 74/2004, de 22 de abril, y 126/2005, de 23 de mayo.

¹⁵⁶ RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.: «El personal directivo público: una ampliación del ámbito subjetivo del Real Decreto 1382/1985», cit., p. 1184.

ción, y ello es prueba de la distinta regulación y previsión constitucional, cuyo art. 35 remite al Estatuto de los Trabajadores y su art. 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 sospecha de arbitrariedad»¹⁵⁷.

Bajo tal premisa, la ordenación jurídica escogida para regular la relación de prestación de servicios con la persona que, sin ser funcionario, desarrolle las funciones de directivo profesional en una Administración Pública es, como antes se ha señalado, el de la relación laboral especial de alta dirección que recoge el art. 2.1. a) ET y regula, por remisión, el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto.

Dicha norma reglamentaria ha sido diseñada para su aplicación en el marco del sector privado, planteando su traslación al ámbito de las Administraciones Públicas serias dificultades, principalmente en los aspectos siguientes:

- a) No se dan en el directivo público laboral las notas que caracterizan la relación laboral especial de alto cargo, previstas en el art. 1.2 Real Decreto 1382/1985, cuyo común denominador radica en el hecho de ocupar una posición de *alter ego* respecto del empresario.
- b) La designación deja de ser libre como postula el Real Decreto 1382/1985, transformándose en condicionada. Está claro que el sistema de acceso ha de estar basado en los criterios de mérito, capacidad, idoneidad y publicidad, que no son sino garantías del principio de igualdad. Sin olvidar la necesidad de presencia equilibrada de mujeres y hombres en el nombramiento de directivos establecida en el art. 52 LOIEMH.

Cinco son, pues, los requisitos exigidos para el acceso a la condición de directivo laboral: a) idoneidad (esto es, el candidato debe acreditar el perfil de competencias exigido para el desempeño del puesto); b) mérito y capacidad (en el procedimiento de acreditación debe medirse la experiencia y los conocimientos de los aspirantes de forma objetiva); c) publicidad (deben convocarse los puestos directivos de forma tal que puedan participar en estos procesos todos los que dispongan de los requisitos exigidos en cada convocatoria); d) concurrencia (lo cual debe dar lugar a sistemas competitivos abiertos a diferentes candidatos que reúnan los requisitos exigidos en las bases); e) paridad por razón de sexo.

- c) También aparece meridiano que el mantenimiento en su puesto queda condicionado a la verificación de su competencia profesional, que deberá ser especialmente significativa. Por tal razón, mejor que abogar por el libre desistimiento o libre cese como hace el Real Decreto 1382/1985, cabe apostar por el establecimiento de causas justificadas y objetivas de

¹⁵⁷ STC 99/1987, de 11 de junio.

extinción de la relación contractual, ligadas fundamentalmente a la falta de consecución de los objetivos fijados. Para ello es necesario diseñar un procedimiento de evaluación del directivo, fijando unos objetivos de gestión y un ámbito propio de competencias y responsabilidades, es decir, un cierto marco de discrecionalidad en el ejercicio de sus funciones, pero sometido a mecanismos rigurosos de control y verificación de resultados.

Debe limitarse expresamente, a la postre, la posibilidad de establecer cláusulas de blindaje o indemnizaciones especiales para la finalización del vínculo contractual.

- d) El desarrollo de la relación laboral exige, en fin, la fijación de reglas distintas de las aplicables al resto de los empleados públicos por lo que se refiere a jornada, vacaciones, retribuciones, código de conducta, régimen de incompatibilidades..., para el diseño de las cuales no sirve tampoco el Real Decreto tantas veces mencionado.

Procede establecer, pues, un nuevo tipo de relación laboral especial de dirección pública, aplicable sólo al sector aquí analizado. A tal fin, el legislador estatal únicamente debe reconocer tal relación laboral como especial, pudiendo remitir la articulación de su régimen jurídico al desarrollo reglamentario, tal y como se ha hecho con el resto de relaciones laborales especiales. Este nuevo diseño debe permitir proporcionar estabilidad y profesionalidad al grupo nuclear de altos directivos públicos de carácter laboral, facilitando, al mismo tiempo, la flexibilidad necesaria para acomodarse a los cambios políticos periódicos en la Administración, debiendo quedar definidos con claridad los puestos que pueden quedar cubiertos mediante esta figura y concretadas sus más sobresalientes condiciones de trabajo.

DIRIGIR EL SECTOR PÚBLICO EN CATALUÑA: RETOS PENDIENTES¹

RAFAEL JIMÉNEZ ASENSIO

*Profesor de Derecho Constitucional
de la Universidad Pompeu Fabra/Estudi.Con*

SUMARIO: 1. Presentación. 2. Evolución del problema en Cataluña. 3. Las notas del modelo de dirección pública en Cataluña. 4. Resistencias «culturales» frente a la implantación de la dirección pública profesional en Cataluña. 5. Tímidos (y dubitativos) pasos hacia la profesionalización de la dirección en el sector público en Cataluña. 6. A modo de conclusiones.

1. PRESENTACIÓN

Puede sorprender que en un libro colectivo cuyo objeto es analizar las reformas necesarias para afrontar la crisis económica y adentrarse en un cambio de modelo productivo se dedique atención a la configuración institucional de la dirección pública en las instituciones catalanas y, asimismo, a los retos que plantea su acomodación a los estándares que ofrecen, actualmente, los sistemas políticos más desarrollados, tanto económica como sobre todo institucionalmente.

La sorpresa puede ir decreciendo si se analiza fríamente la importancia que tiene el sistema institucional en el desarrollo económico y en la mejora de la competitividad (en términos de país). La pregunta obvia que surge de inmediato no es otra que la siguiente: ¿realmente nuestro sistema institucional (y, más concretamente, nuestro subsistema de administraciones públicas) está construido en términos de dar respuestas efectivas y eficientes a los problemas con los que se enfrenta hoy en día Cataluña?

No es la intención de estas páginas, ni mucho menos, detenerme en un análisis exhaustivo de esa apasionante cuestión. El objeto de estas líneas es mucho más modesto: se trata únicamente de abrir una línea de reflexión sobre las dificultades que presenta la implantación en el sector público de Cataluña de la figura del directivo público profesional. En particular, focalizaré la atención en la Administración de la Generalidad y en las Administraciones locales de Catalu-

¹ El presente trabajo ha sido publicado en catalán en un reciente libro colectivo que lleva por enunciado *Reformes més enllà del tòpic. Com Catalunya pot sortir reforçada de la crisi* (Fundación Rafael Campalans, Barcelona, 2010). La versión actual es la traducción, con pequeñas variaciones, del trabajo publicado en esa obra. Dado que su contenido tiene por objeto una reflexión sobre la función directiva profesional en Cataluña y que algunas de sus tesis han sido expuestas por el autor en el seno del Grupo de Investigación sobre el Empleo Público en España, se ha considerado oportuno difundirlo en lengua catalana a través de este libro que amablemente publica el Instituto Nacional de Administración Pública.

ña, por lo que huiré aquí –ya lo adelanto– de llevar a cabo un planteamiento conceptual del problema, un análisis de modelos comparados o un estudio analítico de la situación que esta cuestión presenta en el sistema político-administrativo español. Si el lector tiene algún interés adicional por estos temas, puede acudir a los diferentes trabajos que se citan en la bibliografía y, en especial, a las reflexiones recogidas en un reciente libro en el que participamos diferentes autores (*La dirección pública profesional en España*, Marcial Pons, Madrid, 2009).

2. EVOLUCIÓN DEL PROBLEMA EN CATALUÑA

Vaya por delante una constatación fáctica (no exenta de ciertas dosis de provocación): el sistema político-administrativo de Cataluña, en lo que afecta a la provisión de puestos directivos, que topográficamente se sitúan en la parte alta de las estructuras de gobierno y administración, se ha edificado bajo pautas tradicionales heredadas del modelo español y que tienen como hilo conductor el clientelismo político, las redes interpersonales, y, en algunos casos, una pretensión (fundada, en ocasiones, y no tanto en muchas otras) de que quienes desempeñan puestos de naturaleza directiva en el sector público catalán son profesionales de la dirección pública, puesto que han «acreditado» tales conocimientos y destrezas en programas de formación directiva impartidos por las Escuelas de Negocios o por la propia Administración Pública.

Sorprende, sobremanera, que una sociedad tan dinámica y abierta en el plano económico-financiero y con un amplio tejido empresarial e industrial haya caído en las «redes culturales» propias de sociedades mucho más estancadas, así como que aplique estándares de exigencia tan bajos para cubrir puestos de naturaleza directiva en el sector público cuando, por el contrario, se muestra tan exigente cuando de cubrir esos mismos puestos directivos en el sector privado se trata.

Como es harto conocido, en Cataluña tradicionalmente la función pública, a diferencia del resto de España, no había sido una institución que atrajera a los cuadros profesionales. Ese recelo hacia la función pública de los profesionales cualificados ha sido una constante en el devenir del país. Así, el propio Francesc Cambó se quejaba amargamente en sus Memorias de la escasa nómina de profesionales catalanes que nutrían los cuerpos de élite del Estado, lo que a su juicio podría conllevar una carencia de cuadros cuando se tratara de poner en marcha el autogobierno. Esa tendencia a la lejanía que los profesionales catalanes tenían hacia la alta función pública estatal venía alimentada sobre todo, aparte de resistencias políticas o culturales, por la configuración de Cataluña como un motor económico de primer orden frente a la estancamiento de otras zonas del estado tales como el sur o la meseta.

No obstante, esa actitud de retraimiento comenzó a sufrir cambios notables tras la transición política. Aún así, todavía hoy, es cierto que la «alta función

pública del Estado» atrae muy pocas vocaciones catalanas, y ello es perfectamente identificable en muchos cuerpos de élite donde la presencia de altos funcionarios de procedencia catalana es insignificante. Y este déficit tiene consecuencias reales en muchos planos. Por ejemplo, no cabe duda de que «la sensibilidad catalana» (dados sobre todo los déficit en los mecanismos de participación autonómica en la política estatal) está ausente en muchos procesos de elaboración de políticas públicas y, en especial, se está produciendo una «desertización relativa» de la cobertura de determinadas plazas situadas en Cataluña (por ejemplo, en la judicatura) como consecuencia de la débil presencia de jueces y magistrados autóctonos.

Tras la aprobación del Estatuto de 1979 y el desarrollo del autogobierno, de repente y de forma paradójica, proliferaron por doquier las «vocaciones funcionariales» en Cataluña. A ello contribuyó, sin duda, la necesidad objetiva de implantar una «nueva» Administración y, asimismo, la necesidad de cubrir determinados puestos en la alta función pública y en una incipiente todavía dirección pública. La construcción de una Administración pública de nueva planta (la Generalidad) y la necesidad de revitalizar unas administraciones locales sin apenas pulso efectivo, acarrió un notable incremento de las plantillas de personal y una incorporación masiva de funcionarios, también de altos funcionarios.

Es verdad, no obstante, que el reclutamiento de personal en esa primera etapa estuvo teñido –al igual que en el resto de Comunidades Autónomas emergentes– de escaso rigor en el desarrollo de los procesos selectivos y, por tanto, dotó a las Administraciones públicas (también a las locales) de unos cuadros profesionales con una preparación en algunos casos limitada y, especialmente, con una polivalencia también relativa. Contrastaban, y todavía contrastan, los altos niveles de exigencia requeridos para el acceso a los cuerpos de élite del Estado frente a los conocimientos, por lo común, bastante más limitados para el acceso a la función pública de la Generalidad o de las Administraciones locales.

Pero lo realmente interesante, a nuestros efectos, es que la configuración de la alta Administración, tanto de la Generalidad como de las entidades locales, se llevó a cabo bajo los presupuestos conceptuales de «la confianza política». Las personas que eran llamadas a ejercer puestos de responsabilidad directiva en las Administraciones públicas catalanas (altos cargos, directivos de entidades instrumentales, personal eventual o, incluso, puestos de libre designación) debían acreditar como «priors» disponer de la confianza política de la persona u órgano que les nombrara o designara. La competencia profesional era un elemento adjetivo, que se presumía o, incluso, que no era relevante o determinante en ciertos casos para la cobertura (mejor dicho, «ocupación») de tales puestos directivos.

Tal multiplicación de «vocaciones funcionariales», sin embargo, siempre se ha dicho que ha tenido un efecto más limitado en Cataluña que en otras partes del Estado, principalmente porque las cifras porcentuales de empleados públicos sobre la población activa total son sensiblemente más bajas en Cataluña que

en otras Comunidades Autónomas. Esto es verdad, ciertamente, como también lo es que parte de las prestaciones y servicios públicos que en otros ámbitos lleva a cabo el sector público son realizadas en Cataluña por medio de conciertos de entidades privadas con el sector público, lo que modula bastante esa percepción inicial.

Pero, el hecho evidente es que, si bien han emergido auténticas «vocaciones en masa» hacia el sector público en Cataluña, no lo es menos que, también por necesidades objetivas, las instituciones catalanas han necesitado desde sus inicios una amplia nómina de personas que cubrieran los puestos directivos y de mando en tales estructuras. A lo largo, por tanto, de estos ya más de treinta años de desarrollo autonómico y de autogobierno local, ha habido un desembarco ingente de funcionarios, laborales o simplemente «externos» a la Administración pública, que han aterrizado en los niveles más elevados del sector público, aunque siempre con una marcada vocación de transitoriedad y, en no pocos casos, con una sensación mayor o menor, según los casos, de «estar de paso» o, cuando menos, «en precario». En todo caso, en Cataluña despertaron también de forma abrupta las «vocaciones de directivos públicos».

La Administración de la Generalidad de Cataluña y las Administraciones locales catalanas han visto pasar en estas tres décadas por sus estructuras miles, si no son decenas de miles, de personas que han ocupado circunstancialmente puestos de naturaleza directiva o de mando en el sector público. La rotación política inexistente de la Administración de la Generalidad durante el período 1980-2003 no impidió, en ningún caso, que la «mortalidad» de los directivos públicos fuera asimismo una (relativa) constante. Los cambios de personas en las riendas de los puestos de máxima dirección política de los departamentos acarreaban siempre, salvo contadas excepciones, una revocación inmediata de los titulares de los puestos directivos del departamento correspondiente, así como de las entidades instrumentales a éste adscritas. En las Administraciones locales, en cambio, la estabilidad era mayor, pero siempre condicionada a que el Alcalde o Alcaldesa se mantuviera en el cargo, pues los cambios de mayoría política acarreaban, asimismo, rotaciones inevitables en la estructura gerencial o directiva.

En efecto, no cabe duda que «la metafísica de la confianza» –como lo definiera acertadamente Francisco Longo– lo anegaba todo en la dirección pública de la Administración de la Generalidad, pero también en las entidades locales. La manida (y perversa) frase de «crear equipos» y, sobre todo, de disponer de «personas de confianza» en el entorno más inmediato de las responsabilidades directivas departamentales, abogaban porque los políticos de primer nivel se rodearan de «fieles» en los segundos niveles y éstos, a su vez, de personas de contrastada lealtad política y/o personal en los niveles inferiores de mando en las Administraciones públicas catalanas.

A pesar de la continuidad y estabilidad política que se dio en Cataluña durante el período 1980-2003, y al igual que pasó en el País Vasco o en Galicia,

las patologías de funcionamiento que ofrecía la alta Administración en la Generalidad de Cataluña en esos años fueron una herencia directa de la cultura política que arraigó en España tras la transición política, donde se volvió la mirada al sistema político de la Restauración y, en buena medida, aunque con muchos más mecanismos de contención, volvió el manido recurso a «los amigos políticos», de los que hablara Varela Ortega. Ciertamente, esa «colonización cultural» (admitida, importada e interiorizada) produjo una serie de efectos letales de los que no se supo desprender ni el Gobierno de la Generalidad de entonces, ni tampoco el Gobierno de la Generalidad de ahora. Y, obviamente, las entidades locales catalanas, aunque llevaron a cabo un interesante proceso de implantación de estructuras gerenciales en su organización, no pudieron desprenderse de tan nocivos efectos heredados de la cultura política española.

La penetración de la política en la alta Administración, la contaminación si se quiere de ese espacio directivo, ha tenido en Cataluña, como en el resto del Estado, unas consecuencias enormemente graves sobre el funcionamiento del sistema político administrativo, pero con ramificaciones obligadas en la pérdida de competitividad y en el propio funcionamiento del sistema económico. Quien piense sinceramente que esos procesos de «decapitación permanente» del capital directivo en el sector público catalán son neutros en términos económicos, es, como dije en su momento, un ingenuo o, peor aún, un necio. La «noria» de la política no sólo cambia partidos en el gobierno, así como las personas (consejeros, alcaldes o concejales), sino que se lleva por delante todo el capital directivo construido durante ese período de tiempo (bien es cierto que, en no pocas ocasiones, de forma deficiente). Cambio político significa rotación de cargos directivos, parálisis de las políticas públicas, replanteamiento de muchas de ellas y reformulación de otras tantas: ¿es neutro en términos económicos y de eficiencia esa forma de actuar?; ¿se puede detener en seco el reloj de las políticas públicas sin que ello no tenga graves consecuencias en la actividad económica?

El nivel local de gobierno en Cataluña ha vivido, con algunos matices, un proceso muy similar al descrito en relación con la Administración de la Generalidad de Cataluña. Es verdad que en el ámbito local ha existido una (relativa) mayor continuidad de los equipos de gobierno (o, al menos, de los alcaldes y alcaldesas), lo que ha favorecido una creación de estructuras directivas más estables y permanentes en el tiempo. Pero, en esencia, los términos del problema siguen siendo los mismos: al desempeño de puestos directivos en los gobiernos locales se llega, esencialmente, por pertenencia a «una familia política», por parentesco «partidocrático», por confianza política o personal, y, muy excepcionalmente, por acreditación de méritos profesionales evaluados en procesos competitivos y abiertos (por tanto, contrastados con otros candidatos).

En todo caso, el nivel local de gobierno en Cataluña apostó tempranamente por la inserción de la figura del personal directivo, incorporándose la misma en la propia legislación local autonómica. Pero el recurso a la figura del personal

eventual (no se olvide, personal de confianza y asesoramiento especial o político) empañó de raíz tal operación de pretendida profesionalización de ese escalón. Asimismo, el propio municipio de Barcelona incorporó en su Carta Municipal de 1998 (Ley del Parlamento de Cataluña 22/1998, de 30 de diciembre) una categoría de personal directivo como era el personal de alta dirección, que en la práctica se ha transformado en una estructura gerencial que ya venía funcionando en la Administración ejecutiva municipal desde la Ley de Régimen Especial de Barcelona de 1960 y que recibió un fuerte impulso durante la Alcaldía de Maragall. Pero los elementos conceptuales del diseño del modelo gerencial de Barcelona eran los mismos que los del resto de entidades locales: personal eventual, que por tanto estaba unido umbilicalmente al político que le designa (y corre, por tanto, la misma «suerte» o «desgracia» que él).

Ni que decir tiene que, a partir de esos presupuestos normativos, en las entidades locales de Cataluña se ha extendido la figura de los gerentes, sean «universales o sectoriales», así como la del personal directivo local. De hecho, cabe señalar que Cataluña se ha convertido, tal como se ha dicho, en una suerte de paradigma del fenómeno gerencial en el ámbito local. Sin embargo, como ya he señalado en alguna otra ocasión, ese pretendido empuje gerencial se asienta sobre bases más formales que reales, puesto que, sin perjuicio de que tales personas posean mayores o menores competencias directivas, lo cierto es que el sistema dominante sigue pivotando sobre la confianza política o personal más que sobre la acreditación de perfiles profesionales de competencias directivas, que en la mayor parte de los casos se entienden que se cumplen de facto.

3. LAS NOTAS DEL MODELO DE DIRECCIÓN PÚBLICA EN CATALUÑA

No es momento de detenerse más en este rápido diagnóstico. Las notas más características del modelo de dirección pública en el sector público de Cataluña, con las excepciones que después se verán, son las siguientes:

- a) Confianza política o personal como factor sustancial.
- b) Se trata de un «modelo cerrado u opaco», ya que en su práctica generalidad los puestos directivos no son objeto de convocatoria abierta ni de publicidad.
- c) No hay, por tanto, competencia en el sistema de provisión de estos puestos: se buscan personas a través de medios rudimentarios y obsoletos (estructuras de partidos, preguntas a determinadas personas sobre cómo cubrir determinados perfiles, llamadas de teléfono, etc.).
- d) No existe, por lo común, una definición precisa de cuáles sean las competencias requeridas para el desempeño de un puesto de naturaleza directiva. La racionalización de los puestos de trabajo, cuando existe, se limi-

ta a los puestos del empleo público: no a los puestos directivos (pues forman parte «de una bolsa» de provisión discrecional y cuanto menos se definan menores dificultades habrá para «colocar» a los fieles).

- e) Tampoco hay, salvo excepciones singulares, acreditación previa de competencias profesionales: las competencias del directivo público «se presumen».
- f) El modelo imperante es, por tanto, el del «fichaje», con ciertas connotaciones «deportivas», que todo lo más se avala a través de «la observación» (la gestión previa realizada por la persona designada) percibida por algún comentario adicional («ha hecho una excelente gestión en puestos anteriores»; «tiene un perfil muy potente»; etc.). Vuelve a emerger lo rudimentario.
- g) No hay, por lo común, evaluación de los resultados de la gestión y tampoco sistema de incentivos (retribuciones variables): los puestos directivos de similar nivel cobran retribuciones idénticas, al margen del tipo de puesto y de los resultados de la gestión.
- h) La permanencia en el puesto de naturaleza directiva está vinculada directamente con el mantenimiento de la confianza política y, obviamente, con la permanencia en el poder del partido o de la persona que le ha designado: el cambio de ciclo político o el cambio de la persona que procedió al nombramiento conlleva la decapitación inmediata de ese directivo público y sus sustitución por uno fiel o leal al nuevo proyecto político o a la nueva persona.

4. RESISTENCIAS «CULTURALES» FRENTE A LA IMPLANTACIÓN DE LA DIRECCIÓN PÚBLICA PROFESIONAL EN CATALUÑA

Descrito en esos términos el problema de la dirección pública en Cataluña, cabe preguntarse de inmediato qué pasos se están dando, si es que se están dando algunos, para cambiar o, al menos, alterar ese estado de cosas. Con carácter previo cabría interrogarse hasta qué punto se visualiza realmente que en este tema hay realmente un problema. Mi percepción general es que la clase política no detecta (pero tampoco «la sociedad civil» ni los medios de comunicación) que haya en la dirección pública un problema, sino todo lo contrario. Las «reglas de juego», asumidas e interiorizadas, son que en la alta administración debe regir el *spoils system*, o dicho en términos más gráficos: quien llega al poder se lleva «el botón» y reparte los puestos de la alta administración como si fueran pastos para que se alimenten sus clientelas políticas.

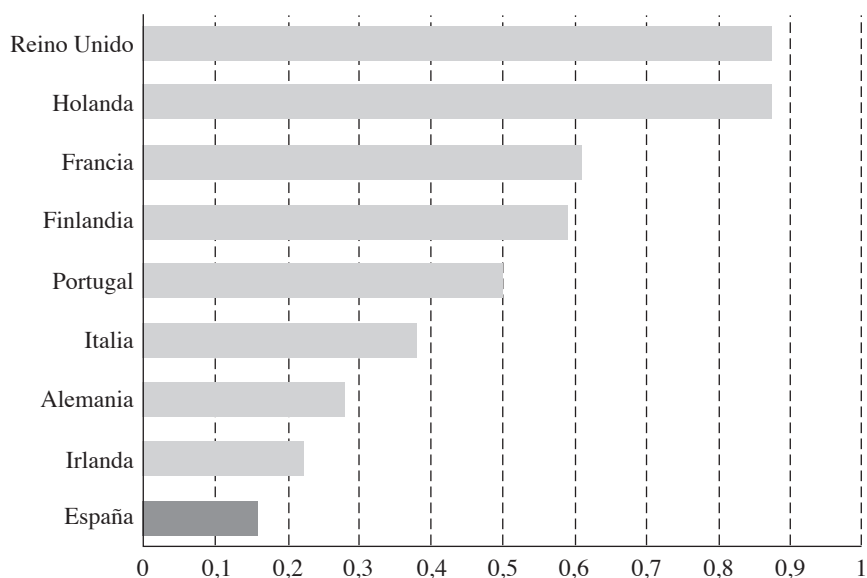
La «racionalización» de ese proceso se pretende vestir mediante la invocación de pretendidos argumentos de diferente calado: hay que crear «equipos» que remen en la misma dirección; el proyecto político ha de ser compartido

fielmente por toda la estructura directiva (¿y por qué no, por todos los funcionarios?); la puesta en marcha de las políticas públicas exige una actuación sin fisuras entre la línea política y la dirección pública, etc.

No resulta fácil convencer a nuestra clase política de que el sistema de dirección pública actualmente vigente en el sector público bebe de fuentes clientelares, es un modelo agotado, no tiene parangón en las democracias desarrolladas y, además, es ineficiente en términos económicos. A nuestros políticos les gusta elegir ellos mismos su círculo de colaboradores, pues tal elección (marcadamente política o personal) les garantizará lealtad al proyecto político y, sobre todo, lealtad a la persona que designa. Si se les reduce o limita esa facultad discrecional tienen la impresión de que se les «amputa» una de sus posibilidades más efectivas de «hacer política»: ¿cómo voy a gobernar –se interrogarán– si no dispongo de la facultad de nombrar ni a mis propios directivos y puestos de mando?

Con frecuencia se olvida (o, mejor dicho, se desconoce) que buena parte de los países de la OCDE disponen de una alta administración con fuertes dosis de profesionalidad; esto es, cuyos puestos de naturaleza directiva se cubren mediante procesos competitivos y tras acreditarse que la persona dispone de las competencias profesionales requeridas para el desarrollo de las funciones anudadas al puesto. Ello no es óbice, tal como existe en muchos modelos denominados como «mixtos», para que el órgano o la persona que proceda al nombramiento actúe con ciertos márgenes de discrecionalidad; esto es, pueda nombrar libremente a una de las personas que previamente han acreditado disponer de las competencias requeridas para el desempeño del puesto directivo (conocimientos, destrezas, aptitudes, actitudes y habilidades). Pero, obviamente, lo que no es de recibo en pleno siglo XXI es que para el desempeño de puestos estratégicos en el sector público no se exija ningún tipo de acreditación previa de competencias profesionales en procesos abiertos, públicos y competitivos.

En términos muy contundentes, que nos ahorra todo tipo de comentarios, lo ha expuesto el profesor Sánchez Morón, cuando recientemente afirmaba lo siguiente: «La falta de un estatuto de los directivos profesionales y de la reserva a los mismos de los cargos de alta dirección –que no de gobierno, obviamente– en todas las Administraciones constituye, en mi opinión, una de las más graves carencias de nuestro sistema de empleo público» (Sánchez Morón, 2010). Además, de la confrontación de nuestro sistema de dirección pública con el de otros países desarrollados no deja de obtenerse un cuadro completamente sombrío. En efecto, en una ponencia, también reciente, Koldo Echebarría llevaba a cabo un análisis comparativo del grado de institucionalización y profesionalización de nuestro sistema de dirección pública con una buena parte de países de la OCDE. Y los resultados eran demoledores: España ofrecía los estándares más bajos de profesionalización del nivel directivo, muy por debajo de otros países tales como Reino Unido y Holanda (que están en la zona alta), o Francia, Finlandia, Portugal, Italia, Alemania e Irlanda (que se encuentran en la zona intermedia).

ESTRUCTURA DE GESTIÓN PARA FUNCIONARIOS PÚBLICOS DE ALTO NIVEL

OCDE (2008) *The State of the Public Service*

Fuente: Koldo Echebarría, 2010.

No cabe, pues, insistir en exceso en que las mayores resistencias frente a la introducción de criterios de profesionalidad en la designación de puestos directivos provienen del interior de los propios partidos gobernantes e, incluso, de los partidos que se encuentran en la oposición, pues tal «reparto del pastel» forma parte de una de las «tradicionales patologías culturales» de nuestro entorno político-administrativo. Así, nuestra clase política no percibe con claridad las ventajas que le ofrece ese sistema de dirección pública profesional frente a la dirección pública «amateur» o de estricta extracción política.

Y es aquí donde entra en juego, sin duda, la necesidad de disponer de políticos con clara visión estratégica y con fuertes dosis de liderazgo; es decir, de gobernantes que sepan leer en clave de racionalidad y ventaja competitiva lo que supone introducir criterios de selección profesional de directivos públicos, saber enmarcar su acción en unos objetivos y exigirles unos resultados de gestión, así como dotarles de un estatuto de inamovilidad (salvo que sus resultados por la gestión sean insuficientes) durante un determinado período de tiempo (que puede ser tres, cuatro o cinco años). De optarse por un modelo como el sucintamente expuesto, claramente se podrán derivar resultados óptimos a corto/medio plazo sobre la elaboración y, en especial, sobre la continuidad de las políticas públicas, lo que ha de redundar en un beneficio inmediato para las prestaciones que recibe el ciudadano de los poderes públicos y, en suma, para el propio funcionamiento del sistema económico.

5. TÍMIDOS (Y DUBITATIVOS) PASOS HACIA LA PROFESIONALIZACIÓN DE LA DIRECCIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO EN CATALUÑA

¿Caminan las Administraciones públicas catalanas en esa dirección? Dicho de otro modo: ¿se han dado pasos realmente en el sector público catalán para la implantación de un modelo de dirección pública profesional?

La respuesta es muy rápida y posiblemente tremendamente insatisfactoria: apenas se advierten sino tímidos pasos en algunos ámbitos de lo público en Cataluña en la línea de profesionalizar la dirección pública. Ciertamente, como decíamos, ni la «cultura política dominante» ni tampoco el marco institucional legal ayudan en ese empeño. Pero no lo es menos que si se quiere caminar hacia ese objetivo comienza a haber «ayudas normativas» que harían viable su tránsito. Asimismo, hubo en su momento determinadas decisiones políticas que parecían orientarse en esa dirección. Sin embargo, tempranamente, pasaron al olvido o, cuando menos, fueron directamente aparcadas. Veamos.

Los diferentes gobiernos que se sucedieron durante los años 1980 a 2003, a pesar de la ola de estabilidad política que supusieron, no afrontaron ni de lejos solución alguna a este problema. El *statu quo* les permitía «sobrellevar», como diría Ortega y Gasset, la situación existente sin cambios aparentes. A pesar de que en Europa, y en otros países de la escena mundial, se estaba avanzando decididamente en la profesionalización de la función directiva del sector público, en Cataluña –una sociedad siempre sensible a los procesos de innovación– nada de esto se importó. Ya la Administración del Estado, incluso, parecía ser receptiva, aunque de una forma hartamente tímida, a tales tendencias de «profesionalización», aunque confundiendo lo que era realmente una profesionalización efectiva de la dirección pública con una colonización de esos puestos por los cuerpos de élite del Estado (por ejemplo, en la Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado).

En un primer momento, la configuración del primer Gobierno tripartito de la Generalidad de Cataluña supuso un halo de esperanza. El denominado «Pacto del Tinell» de 2003 incorporó a su seno dentro de las medidas de reforma de la Administración la creación de la figura del personal directivo. Pronto, sin embargo, tan buenas intenciones fueron desmentidas por los hechos. El cambio de gobierno que tuvo lugar en esos momentos siguió los esquemas clásicos de todo cambio de gobierno en la España constitucional: decapitación más o menos inmediata de toda la cúpula directiva del gobierno anterior (altos cargos y asimilados, así como buena parte del personal de libre designación) y sustitución por nuevas personas que gozasen de la confianza política de los diferentes partidos que conformaban el nuevo gobierno, en una suerte de *lotizzazione* o reparto por departamentos de los tres partidos que conformaban el Ejecutivo. Nada había cambiado realmente.

La aparición en escena del *Libro Blanco de la Función Pública de Cataluña* en 2005, a pesar de llevar a cabo una apuesta clara y decidida por la institucionalización de una función directiva profesional en el sector público catalán, quedó en papel mojado, pues sus propuestas en esta materia no fueron puestas en marcha.

Sin embargo, la música de la dirección pública parecía formar parte de la partitura del primer gobierno tripartito. En efecto, uno de los pasos más relevantes en esta materia se produjo precisamente cuando el propio Estatuto de Autonomía de 2006 recogió en su artículo 150 qué competencias exclusivas tenía la Generalidad en materia de organización de su propia Administración pública. Y entre ellas recogió expresamente la competencia exclusiva sobre la estructura, así como sobre la regulación de los órganos y directivos públicos de la Administración de la Generalidad.

Este artículo 150 del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña supone un avance considerable al identificar, por un lado, la dirección pública con la organización administrativa y sustraerla, por tanto, de la aplicación más restrictiva del empleo público, y, por otro, al permitir un amplísimo margen de configuración a las instituciones de la Generalidad de Cataluña (Parlamento y Gobierno) a la hora de definir un régimen de dirección pública profesional.

Es verdad, en todo caso, que ese artículo 150 EAC no emplea en ningún momento el adjetivo de «profesional» para cualificar la figura del directivo público, como sí lo hace, por el contrario, el enunciado del artículo 13 del EBEP (Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público). Sin adentrarnos ahora en disquisiciones competenciales que no interesan, baste con indicar que ese amplio margen de configuración de la dirección pública de la Administración de la Generalidad debe respetar, al menos, el principio de «profesionalidad» establecido por el legislador básico, así como los genéricos (y abiertos) principios del artículo 13, disponiendo en lo demás la Generalidad de Cataluña de un amplio margen para configurar esa dirección pública profesional de acuerdo con los parámetros que considere pertinentes.

Tampoco cabe ocultar que el radio de acción de esa competencia exclusiva se limita a la Administración de la Generalidad de Cataluña, por lo que en el resto de Administraciones públicas (y, por lo que ahora interesa, las entidades locales y las Universidades), el artículo 150 del Estatuto no daría cobertura suficiente para ejercer la citada competencia exclusiva.

No obstante, insistimos, la escasa densidad que ofrece la legislación básica en esta materia y las conexiones directas que tiene la dirección pública con el principio de autoorganización inherente consustancialmente a la noción de autonomía, que se proyecta tanto en el ámbito local como en el universitario, hubiesen permitido al legislador catalán desarrollar una política normativa propia sobre la dirección pública profesional en el sector público, al margen de las diferentes intensidades que muestren los distintos títulos competenciales recogidos en el propio Estatuto.

Sin embargo, nada de esto se ha producido. Tras esos «reflejos» instantáneos que la dirección pública tuvo en diferentes momentos de la legislatura 2003-2006, el segundo gobierno tripartito («El Pacte d' Entesa») ha llevado a cabo algunas materializaciones puntuales (y todavía muy tibias) en algunos ámbitos que es importante traer a colación en estos momentos. Cronológicamente, y sin ningún afán de exhaustividad, las realizaciones (al menos, normativas) más importantes en este proceso han sido las siguientes:

En primer lugar, cabe citar aquí la Ley 8/2008, de 30 de julio, del Instituto Catalán de la Salud, en la que se lleva a cabo –todavía de forma muy incipiente y con notables debilidades en su diseño– un proceso de institucionalización del nivel directivo en esa entidad. A tal efecto, diferencia dentro del personal directivo a «los cargos directivos» y «al personal con funciones de mando». Los primeros se asimilan a la figura del «alto cargo» de la Generalidad, con todas sus consecuencias (cargo de extracción política), mientras que los segundos no tienen la consideración de altos cargos y su relación de servicio se entabla a través de un contrato laboral de alta dirección. Lo más relevante es que la selección de estos puestos de mando se realizará mediante convocatoria pública, de acuerdo con los principios de publicidad, objetividad, mérito y capacidad. Desconocemos cómo se viene aplicando ese procedimiento, pero sienta algunas bases (al menos, en el acceso) para ahondar en la institucionalización del sistema de dirección pública profesional.

El segundo ejemplo lo constituye la creación de la Agencia de Apoyo a la Empresa Catalana (ACCIO) a través de la Ley del Parlamento de Cataluña 9/2009, que ya en su exposición de motivos advierte de la apuesta que lleva a cabo la citada Agencia por la configuración de un personal directivo profesional. A tal efecto, el artículo 39 de la citada Ley establece que serán los Estatutos de la Agencia los que determinen el régimen de ese personal directivo, siempre de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley de Política Industrial, y entre los que cabe señalar los siguientes: tendrá lugar un procedimiento previo de carácter selectivo a la designación, que se regirá por los principios de mérito, capacidad, idoneidad, publicidad y concurrencia; el personal directivo de primer nivel tendrá la consideración de personal laboral de alta dirección; será sometido a evaluación por su gestión; una parte de sus retribuciones será variable; y, en fin, el cese sólo se podrá producir como consecuencia de la finalización del período para el que fuera nombrado o por haber obtenido resultados insuficientes en la gestión. Sin duda, la virtualidad efectiva del modelo dependerá de su concreción en los Estatutos, pero en la Ley ya se dibujan las líneas maestras de lo que puede ser una dirección pública profesional ciertamente vanguardista en el panorama institucional catalán.

Y, en fin, el tercer caso viene representado por la importante Ley 12/2009, de 10 de julio, de Educación. En este texto se recoge de forma diáfana el principio de autonomía organizativa de los diferentes centros que conforman el Servicio de Educación de Cataluña y, asimismo, se hace una apuesta (aunque

tímidamente formulada en la Ley) por la determinación del régimen jurídico del personal directivo docente, sin duda una de las piezas clave para mejorar la gestión y el funcionamiento del sistema educativo en su conjunto. El artículo 116 del citado texto legal contiene la importante previsión de que se trata de un «personal directivo profesional», pero reenvía a un reglamento del Gobierno para que se establezcan los criterios y el procedimiento de designación de ese personal, así como los efectos que ha de tener sobre la carrera profesional de tales funcionarios. Y allí se añade que la gestión de ese personal directivo se sujetará a evaluación, de acuerdo con los principios de eficacia, eficiencia y responsabilidad, así como de control, conforme a los objetivos y los recursos asignados. Un paso adelante también, pero pendiente una vez más de innumerales concreciones.

Aparte de estas concreciones legales (y otras que están actualmente en curso en el Parlamento de Cataluña), el mundo local ha dado algunos pasos, también muy tímidos, en la institucionalización de la figura de los directivos públicos. La Diputación de Barcelona, por ejemplo, aprobó en 2007 un modelo de estructura directiva que, tal como analicé en su día, dispone de algunos puntos fuertes y otros ciertamente débiles, pero que representa un primer ensayo de racionalización estructural del problema en una dimensión principalmente organizativa. Por su parte, en fechas recientes, el Ayuntamiento de Sitges ha llevado a cabo una modificación de su Reglamento Orgánico Municipal en el que incorpora la figura del personal directivo profesional en la organización trasladando los principios que sobre esta figura se recogen en el propio Estatuto Básico del Empleado Público. Una introducción de la figura del directivo público profesional en clave de innovación, pero que no ha sido comprendida en su alcance ni por los grupos políticos de la oposición ni por los propios sindicatos. La tradición y las resistencias al cambio siguen siendo obstáculos importantes para llevar a cabo esos procesos.

6. A MODO DE CONCLUSIONES

Y, en fin, llega el momento de concluir. Parece meridianamente claro que nuestras Administraciones públicas sufren un subdesarrollo institucional evidente en esta materia en relación con otros países y, especialmente, con las economías más desarrolladas del mundo. La superación de ese subdesarrollo institucional sólo se conseguirá con un liderazgo político claro y evidente que interiorice las ventajas competitivas que supone abandonar un modelo *amateur* de dirección pública y sustituirlo por un modelo profesional. Cualquier paso que se dé en esta dirección mejorará de forma evidente la eficacia y la eficiencia de nuestro sector público y permitirá, asimismo, una mayor competitividad del tejido productivo catalán. Se trata, a fin de cuentas, de «liberar» ese espacio directivo profesional de su ocupación política, pero asimismo no caer en una colonización corporativa del mismo. En la búsqueda de ese complejo equilibrio se deben mover las respuestas institucionales que se aporten en un futuro más o

menos inmediato. Cataluña tiene competencias para hacerlo. Sólo hace falta una voluntad política decidida que sea capaz de romper, de una vez por todas, con esa cultura de rancia herencia que supone reservar centenares o miles de puestos directivos al partido o partidos que ganen las elecciones. El primer test para ver si nuestra clase política ha aprendido algo durante todo este tiempo lo tendremos pronto.

BIBLIOGRAFÍA

- DEPARTAMENT DE GOVERNACIÓ I ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES (2005): *Llibre Blanc de la funció pública catalana*, Barcelona.
- ECHEBARRÍA ARIZNABARRETA, K. (1993): *La Administración Pública en la era del Management. Reflexiones sobre una década de modernización administrativa*, tesis doctoral, Universidad de Deusto.
- ECHEBARRÍA ARIZNABARRETA, K. (2010): «Crisis y empleo público en España», *Congreso Internacional de Recursos Humanos*, Vitoria-Gasteiz, 2010.
- GORRITI, M. (2009): «La evaluación de directivos públicos (desempeño y predicción)», *Revista Observatorio de Recursos Humanos y Relaciones Laborales*.
- INAP (2005): *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, MAP-INAP, Madrid.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., VILLORIA MENDIETA, M.; PALOMAR OLMEDA, A. (2009): *La dirección pública profesional en España*, Marcial Pons, Madrid.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2009): *El personal directiu a l'Administració Local*, CEMICAL, Barcelona.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2006): *Directivos públicos*, IVAP, Oñati.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (1998): *Altos cargos y directivos públicos. Un estudio sobre las relaciones entre política y administración en España*, IVAP, Oñati.
- LONGO, F. (2002): «El desarrollo de competencias directivas en los sistemas públicos: una prioridad del fortalecimiento institucional», *VII Congreso del CLAD*, Lisboa.
- LONGO, F. (2003): «Institucionalitzar la gerència pública: reptes i dificultats», *Repensar el paper del gestor públic en el segle XXI*, Escola d'Administració Pública de Catalunya. Barcelona.
- LONGO, F. (2004): *Mérito y flexibilidad. La gestión de las personas en las organizaciones del sector público*, Barcelona.
- LONGO, F. (2005): «La expansión de la dirección pública profesional: apuntes desde la experiencia española», *X Congreso del CLAD*. Santiago de Chile.

- MAESO SECO, L. F. (2007): «Una aproximación al régimen jurídico de los directivos públicos: el caso de Francia, Reino Unido, Italia y España». *Comisión de estudio del estado actual y perspectivas de la Administración General del Estado*, Documento de trabajo.
- MAESO SECO, L. F. (2007): «El personal directivo: comentarios en torno al artículo 13 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público». A: L. Ortega (dir.), *Estatuto Básico del Empleado Público*. Madrid: La Ley/El Consultor.
- MATAS DALMASES, J. (1996): *Las élites políticas de la administración. Los altos cargos de la Generalitat de Catalunya*. Barcelona, 1996.
- MATHESON, A.; WEBER, B.; MANNGING, N., Y ARNAUD, E. (2007): *Étude sur la participation politique aux décisions relatives à la nomination des hauts fonctionnaires et sur la délimitation des responsabilités entre ministres et hauts fonctionnaires*. OCDE.
- MERLONI, F. (2006): *Dirigenza Pubblica e amministrazione imparziale*. Bologna: Il Mulino.
- MORERA I BALADA, J.R. (2003): «La funció directiva a l'administració de la Generalitat de Catalunya». *Repensar el paper del gestor públics en el segle XXI*, Barcelona. .
- OCDE. (2003): *Managing Senior Management. Senior Civil Service Reform in OECD member countries*. París.
- OCDE (2008): *The Senior Civil Service in National governments of OECD countries*. París.
- PARRADO DíEZ, S. (1993): *Las élites de la administración estatal (1982-1991). Estudio general y pautas de reclutamiento*. IAAP, Sevilla.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (coord.) (2007): *La función pública directiva en Francia, Italia y España*, INAP, Madrid.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2010): «Situación actual del empleo público en España», *El cronista*, núm. 1, enero, 2010.

ISBN 978-84-7351-395-1



P.V.P.
17,00 €
(IVA incluido)



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE POLÍTICA TERRITORIAL
Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA