

DOCUMENTO DE TRABAJO SUJETO A
REVISIÓN

EL PERSONAL DIRECTIVO

Sumario. I. Introducción. II. Antecedentes. III. Ámbito de aplicación. IV. La frontera entre el ámbito político y el estrictamente administrativo. V. Las funciones directivas. VI. El personal directivo profesional como elemento coherente con el modelo constitucional de función pública. VII. Tipología del personal directivo profesional. VIII. Reclutamiento del personal directivo profesional. IX. La necesaria introducción de elementos de evaluación y control. X. Introducción de elementos que garanticen el desempeño profesional óptimo del personal directivo. XI. Conclusiones.

I. Introducción

En el marco de la Comisión de Coordinación del Empleado Público, en tanto que órgano técnico y de trabajo dependiente de la Conferencia Sectorial de Administración Pública, cuya existencia contempla el artículo 100.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP), se han creado diversos grupos de estudio encargados de la elaboración de informes en materia de empleo público. En lo relativo al grupo constituido por Galicia, Comunidad de Madrid, Comunidad Foral de Navarra, País Vasco, Federación española de municipios y provincias, Administración General del Estado y Principado de Asturias, la materia analizada es el régimen jurídico del personal directivo profesional y propuestas concretas de regulación normativa.

II. Antecedentes.

El personal directivo profesional es una de las manifestaciones de la necesidad de cambio en la función pública. La exposición de motivos del EBEP deja testimonio de la importancia que el legislador otorga a esta regulación del personal directivo profesional, y lo hace señalando lo siguiente:

DOCUMENTO DE TRABAJO SUJETO A
REVISIÓN

“El Estatuto Básico define las clases de empleados públicos -funcionarios de carrera e interinos, personal laboral, personal eventual- regulando la nueva figura del personal directivo. Este último está llamado a constituir en el futuro un factor decisivo de modernización administrativa, puesto que su gestión profesional se somete a criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad y control de resultados en función de los objetivos. Aunque por fortuna, no han faltado en nuestras Administraciones funcionarios y otros servidores públicos dotados de capacidad y formación directiva, conviene avanzar decididamente en el reconocimiento legal de esta clase de personal, como ya sucede en la mayoría de los países vecinos.”

El EBEP fue precedido de un informe elaborado por una comisión de expertos, el cual constituye un documento de interés en orden al estudio y análisis de aspectos como el que integran este informe, finalmente regulados en la legislación básica que introdujo muchas de las recomendaciones del precitado comité de expertos. Así pues, partiendo de dicho informe, podemos extraer las siguientes conclusiones en lo que respecta al personal directivo:

1. Una Administración moderna debe disponer de directivos cualificados.
2. El directivo es la persona que posee la capacidad de liderazgo, la formación específica y las habilidades necesarias para hacer funcionar adecuadamente, bajo las instrucciones políticas del Gobierno correspondiente, la compleja maquinaria administrativa.
3. Asume la responsabilidad superior de ejecución de los programas, para lo que ha de contar con las competencias de organización y de gestión presupuestaria y de personal correspondientes.
4. La dificultad en su regulación se manifiesta en la confusión existente en torno a la delimitación de sus características propias, a medio camino entre la función pública superior y la dirección política.

DOCUMENTO DE TRABAJO SUJETO A
REVISIÓN

5. La experiencia en España: desde la LOFAGE en 1997 hasta la Ley 57/2003, de Modernización del Gobierno Local, ha pretendido abrir un cierto ámbito propio al grupo directivo, reservando ciertos cargos o puestos, así denominados, a profesionales que proceden de la función superior o, excepcionalmente, del sector privado, reclutados en atención a “criterios de competencia profesional y experiencia.
6. Inconvenientes que plantea la situación actual:
- No existen elementos objetivos para la comprobación de resultados.
 - No existe cobertura jurídica adecuada y suficiente de esta relación de servicios.
 - No se define un sistema retributivo satisfactorio en la consecución de los objetivos de eficacia y eficiencia perseguidos. Para paliar estos efectos, en la práctica es frecuente que se utilicen fórmulas artificiales, como los contratos de alta dirección o la creación de sociedades de capital público o de otras entidades en las que aquellos límites retributivos no son aplicables.
 - No existen unas reglas de reclutamiento que procuren la incorporación de los mejores.
7. Aspectos que debe abordar la regulación:
- Regulación de un estatuto del directivo público, como una “clase de personal” al servicio de las Administraciones Públicas diferenciado de otras, con una estructura más flexible, pero en todo caso separada de la dirección propiamente política y del personal eventual.
 - Es necesario determinar si y en qué casos el acceso queda reservado a quienes ya son funcionarios superiores o si se opta por un modelo más abierto, que incluya a profesionales procedentes del sector privado.
 - Atribución legal de ciertas funciones, cargos o puestos de trabajo, competencias y responsabilidades propias al personal directivo, que, lógicamente, no pueden ser las mismas en todos los casos y en todas las Administraciones.
 - Definir el grado de autonomía del personal directivo.

DOCUMENTO DE TRABAJO SUJETO A REVISIÓN

- Determinar si el cese es discrecional o debe responder a causas tasadas.
 - Regulación de sus condiciones de empleo y, en particular, las retributivas que -es obvio, a juicio de la Comisión- deben quedar al margen de la negociación colectiva en el empleo público, por las razones apuntadas. A tal efecto debe determinarse si y qué parte de esas retribuciones han de vincularse a la consecución de objetivos o resultados.
8. Finalmente la comisión expresó su opinión clara relativa a la imposibilidad de establecer un estatuto unitario, dada la diversidad de situaciones y organizativas en las diferentes Administraciones Públicas, por lo que defendía una regulación básica muy elemental, que es la que finalmente tuvo reflejo en el texto de la ley.

III. **Ámbito de aplicación**

El personal directivo profesional aparece regulado en el Subtítulo I del Título II del EBEP, cuya rúbrica es, “*clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas*”. Pues bien, antes de entrar a analizar qué se entiende por personal directivo, debe perfilarse el ámbito de aplicación de este tipo de personal, el cual se circunscribe al definido en el artículo 2 del EBEP. Estamos pues, en presencia de un personal cuyo desenvolvimiento natural tendría lugar en el marco de la Administración Pública y su Administración institucional o instrumental, esto es:

- *La Administración General del Estado.*
- *Las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla.*
- *Las Administraciones de las Entidades Locales.*
- *Los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas.*
- *Las Universidades Públicas*

DOCUMENTO DE TRABAJO SUJETO A REVISIÓN

De este modo, parece claro que el personal directivo extiende sus funciones a las Administraciones territoriales en sus tres niveles, estatal, autonómico y local. Asimismo cabe la existencia de personal directivo en las entidades con personalidad jurídica pública integrantes de la Administración instrumental, tanto las sometidas al derecho administrativo, como aquellas que se someten al derecho privado salvo en lo relativo al ejercicio de potestades administrativas. Asimismo están en este ámbito de aplicación las Universidades Públicas, por disposición directa del EBEP.

En este punto procede hacer una mención a las entidades del sector público no incluidas en el mencionado artículo 2, a las que hace referencia la disposición adicional primera del EBEP. Dichas entidades, son esencialmente, y por utilizar la terminología propia de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria., el sector público empresarial y el sector público fundacional. Como se ha indicado, no están en el ámbito de aplicación del EBEP, si bien les resultan aplicables los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 de dicha ley, esto es, los principios en materia de deberes de los empleados públicos, los principios de acceso a la función pública, y el principio de reserva de plazas en el acceso de personas con discapacidad. En relación con esta parte del sector público, si bien no forman parte del ámbito natural o predeterminado para el personal directivo profesional, no puede excluirse que cada Administración Pública extienda su regulación a dichas entidades.

IV. La frontera entre el ámbito político y el estrictamente administrativo.

Tal y como señala el informe de la comisión de expertos, la existencia de puestos de naturaleza directiva no es algo inédito. Así por ejemplo, en el ámbito de la Administración General del Estado la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) define qué órganos tienen la calificación de directivos en los distintos niveles de la organización.

Organización central (Art. 6.2):

- Los Subsecretarios y Secretarios generales.

DOCUMENTO DE TRABAJO SUJETO A
REVISIÓN

- Los Secretarios generales técnicos y Directores generales.
- Los Subdirectores generales.

Organización territorial (Art. 6.3):

- Delegados del Gobierno.
- Subdelegados del Gobierno.

Administración General del Estado en el exterior (Art. 6.4):

- Embajadores.
- Representantes permanentes ante organizaciones internacionales.

Pues bien, a partir de esta definición de los órganos directivos, se puede constatar la primera dificultad existente a la hora de determinar tanto las funciones directivas como el estatuto del personal directivo. Nos referimos a la difusa frontera que separa el ámbito propio de la carrera administrativa inserta en el orden de la función pública, del ámbito puramente político.

Un primer concepto jurídico que puede servir para diferenciar el cargo político del ámbito estrictamente técnico, es el denominado alto cargo, que siguiendo lo dispuesto en la LOFAGE, engloba las direcciones generales y órganos de rango superior, excluyendo expresamente a las subdirecciones generales, que son órganos directivos que no tienen la consideración de altos cargos. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que el concepto de alto cargo no es unívoco, sino que su definición varía, y puede ensancharse o reducirse, según el ámbito material de referencia. Así por ejemplo, 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, incluyendo por ejemplo a determinados cargos de las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público.

En cualquier caso, sí es posible deslindar el ámbito político del administrativo, y en ese objetivo, es reveladora la sentencia 202/2003 de 17 de noviembre de 2003 (rec. 4783/1999) del Pleno del Tribunal Constitucional, que dice en su fundamento jurídico séptimo:

DOCUMENTO DE TRABAJO SUJETO A
REVISIÓN

“...el precepto cuestionado, al determinar literalmente que los funcionarios que hubiesen desempeñado un alto cargo consolidarán un grado personal máximo equivalente al valor del complemento de destino que se fije anualmente para los Directores Generales de la Administración del Estado o de la Comunidad de Madrid, según los casos, incurre por lo pronto en una notoria incongruencia o quiebra lógica. Sencillamente porque la Ley 30/1984 (LA LEY 1913/1984) al regular el régimen de la función pública no es aplicable a los Directores Generales. En efecto, ni el cargo de Director General forma parte de la carrera administrativa, ni es tampoco un puesto de trabajo clasificado en ninguno de los treinta niveles a que obliga el art. 21.1 a) de la Ley 30/1984 (LA LEY 1913/1984). Es, por el contrario, un órgano directivo del correspondiente departamento ministerial o consejería que tiene la consideración de alto cargo, y que por lo demás, en puridad, ni siquiera está reservado a funcionarios de carrera, por más que éste sea el modo ordinario y preferente que señalan las Leyes para su selección (arts. 6.5 (LA LEY 1292/1997) y 18 de la Ley 6/1997, de 14 Abr. (LA LEY 1292/1997), de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, y 39.3 de la Ley madrileña 7/1983, de 13 Dic., de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid). Lo anterior no es obstáculo para que los Directores Generales tengan normalmente señalado en las leyes de presupuestos un complemento de destino al modo de lo previsto en el art. 23.3 a) de la Ley 30/1984 (LA LEY 1913/1984) para los funcionarios públicos.”

De lo señalado por el TC, en concordancia con la legislación estatal, podemos colegir la existencia de órganos directivos políticos y órganos directivos técnicos. Esta diferenciación es de suma relevancia, dado que la titularidad de un órgano político lo sustrae inmediatamente del ámbito primario del empleo público y de la carrera administrativa, sin perjuicio de los elementos de profesionalización que puedan introducirse. Por eso precisamente, para evitar confusión en los términos y en su régimen jurídico, sería conveniente que la regulación aborde los siguientes aspectos:

- 1) Una definición clara de qué ha de entenderse por alto cargo.

DOCUMENTO DE TRABAJO SUJETO A
REVISIÓN

2) Determinación de los rasgos distintivos del personal directivo político y del personal directivo profesional, pudiendo apuntarse de forma indiciaria que probablemente la mayor diferenciación sea el mérito y la capacidad que deben observarse necesariamente respecto del segundo y la discrecionalidad inherente a las designaciones políticas características de los primeros.

3) Clarificación de aquellos elementos comunes que deben revestir el conjunto de puestos directivos, al margen de su carácter político o profesional, máxime teniendo en cuenta que los principios de eficacia y eficiencia son predicables de todos los niveles y ámbitos de la organización administrativa.

V. Las funciones directivas.

Del mismo modo que la existencia de órganos directivos no es algo desconocido en nuestras Administraciones, tampoco las funciones directivas son ajenas a la ordenación de puestos de trabajo. Hasta el momento, dichas funciones se han esgrimido generalmente como típicamente características de la provisión de los puestos de trabajo por el procedimiento de libre designación, por su especial responsabilidad y confianza, en los términos descritos en el artículo 80.2 del EBEP. Prueba de lo anterior es que la jurisprudencia ha empleado el término directivo como presupuesto habilitante de la libre designación, como pone de relieve la Sentencia de 24 de noviembre de 2010, de la sección 7ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, Rec. 5140/2007):

“SEXTO.- Todas estas pautas interpretativas que acaban de invocarse conducen a lo siguiente.

Que la confianza no puede ser el único o principal elemento caracterizador de los puestos reservados a los funcionarios de carrera que tienen establecido el sistema de provisión de libre designación por ser ello contrario al principio de profesionalización proclamado en

DOCUMENTO DE TRABAJO SUJETO A
REVISIÓN

nuestro actual ordenamiento administrativo y, también, por tener tal elemento su normal aplicación en la diferente figura del personal eventual

Que la LOFAGE atribuye la consideración de "órganos" a las unidades administrativas a las que se atribuyen funciones que tengan efectos ante terceros (artículo); y distingue en la organización central entre órganos superiores y directivos, con la inclusión dentro de estos últimos de los Secretarios Generales, Secretarios técnicos, Directores Generales y Subdirectores Generales (artículo 6).

Que esa misma LOFAGE ha optado por profesionalizar la mayoría de esos órganos directivos, al establecer la regla general de que los Secretarios técnicos, Directores Generales y Subdirectores Generales serán nombrados entre funcionarios de carrera de las Administraciones públicas (artículos 17, 18 y 19); y, para hacer compatible dicha profesionalización con el espacio de libertad que debe ser inherente a la superior dirección administrativas, ha dispuesto que el nombramiento y cese se acordará libremente por quienes tienen reconocida esta competencia.

Y que, en consecuencia, esas funciones cuya especial "naturaleza" son las únicas que permiten legalmente establecer el sistema de libre designación, tratándose de las Administraciones de las Comunidades Autónomas, habrán de estar referidas a los puestos cuyos cometidos y atribuciones sean equiparables a las que en la LOFAGE corresponden a los Subdirectores generales o a aquellos otros que desempeñen funciones de Secretaría para órganos autonómicos que sean equiparables a los Altos Cargos de la Administración General del Estado.

SÉPTIMO.- *Lo antes expuesto hace que sí sea de compartir la infracción del artículo 20.1.b) de la Ley 30/1984 que ha sido denunciada en el segundo motivo de casación, y así ha de ser considerado porque las concretas razones que fueron invocadas por la Comunidad Autónoma de Canarias en relación con el puesto aquí controvertido no son encuadrables en esa especial "naturaleza" legalmente prevista como necesario presupuesto para que pueda resultar válido el sistema de libre designación.*

DOCUMENTO DE TRABAJO SUJETO A
REVISIÓN

En apoyo y como complemento de lo que antecede debe decirse, en primer lugar, que el limitado porcentaje de puestos para los que se haya establecido el sistema de libre designación no es una razón válida, ya que lo decisivo son las funciones y no el número de dichos puestos.

En segundo lugar, que no consta que el puesto litigioso tenga reconocida un espacio de iniciativa o dirección sobre concretas actuaciones pertenecientes al marco de atribuciones del Instituto Canario de Hemodonación o Hemoterapia, lo cual impide apreciar en dicho puesto el carácter directivo que la LOFAGE atribuye al cargo de Subdirector general; siendo indiferente a este respecto que no existan eslabones jerárquicos intermedios entre dicho puesto y el órgano directivo, pues ello expresa el conducto orgánico por el que directamente se reciben las ordenes pero no un ámbito autónomo de función directiva; y no bastando tampoco la posibilidad de adoptar resoluciones absolutamente regladas que sólo requieran la mera confrontación de hechos o la aplicación automática de normas.

Y, en tercer lugar, porque tampoco se enumeran funciones que permitan constatar que el puesto litigioso tenga funciones o responsabilidades asimilables a la Secretaría de un órgano autonómico que sea asimilable a los Altos Cargos de la Administración General del Estado.”

De lo anterior podemos colegir que no es procedente definir como funciones directivas aquellas que se corresponde con puestos cuya forma de provisión es necesariamente el concurso. En consecuencia, y de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, podemos ofrecer una primera definición negativa de las funciones directivas:

- La confianza no puede ser el único o principal elemento caracterizador de las funciones, por ser ello contrario al principio de profesionalización proclamado en nuestro actual ordenamiento administrativo y, también, por tener tal elemento su normal aplicación en la diferente figura del personal eventual.

DOCUMENTO DE TRABAJO SUJETO A
REVISIÓN

- Es indiferente que no existan eslabones jerárquicos intermedios entre dicho puesto y el órgano directivo, pues ello expresa el conducto orgánico por el que directamente se reciben las ordenes pero no un ámbito autónomo de función directiva; y no bastando tampoco la posibilidad de adoptar resoluciones absolutamente regladas que sólo requieran la mera confrontación de hechos o la aplicación automática de normas.
- No procede en relación con puestos cuya naturaleza sólo permite advertir en ellos una actividad de gestión ordinaria en la que no son de apreciar las notas de superior dirección y responsabilidad que resultan necesarias para que ese sistema pueda ser considerado justificado.

En contraposición con lo anterior, podemos referir como notas características de las funciones directivas, las que siguen:

- Funciones decisorias.
- Esas funciones cuya especial "naturaleza" son las únicas que permiten legalmente establecer el sistema de libre designación, tratándose de las Administraciones de las Comunidades Autónomas, habrán de estar referidas a los puestos cuyos cometidos y atribuciones sean equiparables a las que en la LOFAGE corresponden a los Subdirectores generales o a aquellos otros que desempeñen funciones de Secretaría para órganos autonómicos que sean equiparables a los Altos Cargos de la Administración General del Estado.
- De acuerdo con el artículo 19 de la LOFAGE, son funciones de los Subdirectores Generales: *“son los responsables inmediatos, bajo la supervisión del Director general o del titular del órgano del que dependan, de la ejecución de aquellos proyectos, objetivos o actividades que les sean asignados, así como de la gestión ordinaria de los asuntos de la competencia de la Subdirección General.”*

DOCUMENTO DE TRABAJO SUJETO A
REVISIÓN

- Deben tener reconocida un espacio de iniciativa o dirección sobre concretas actuaciones pertenecientes al marco de atribuciones, por lo que la regulación debe incorporar la atribución normativa de este tipo de funciones.

VI. El personal directivo profesional como elemento coherente con el modelo constitucional de función pública.

La regla general en el ámbito de nuestra Administraciones Públicas es la atención de las necesidades de personal en régimen funcionarial. Así lo pone de relieve la exposición de motivos del EBEP, al constatar este principio, unido a una realidad incontestable, cual es la contratación de personal en régimen de derecho laboral. Así lo expresa la mencionada exposición de motivos:

“Esa tendencia a la diversidad viene siendo el recurso por muchas Administraciones Públicas a la contratación de personal conforme a la legislación laboral. Si bien por imperativo constitucional no puede ser éste el régimen general del empleo público en nuestro país, ni existen razones que justifiquen hoy una extensión relevante de la contratación laboral en el sector público, no debe desconocerse que un porcentaje significativo de los empleados públicos tienen la condición de personal laboral, conforme a la legislación vigente. La flexibilidad que este régimen legal introduce en el empleo público y su mayor proximidad a los criterios de gestión de la empresa privada explican la preferencia por él en determinadas áreas de la Administración.”

En este aspecto, el EBEP es tributario del modelo de función pública instaurado por la Constitución y consagrado por el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia. Lo hizo en la sentencia núm. 99/1987 de 11 junio, al establecer la reserva de ley para regular las funciones propias del personal funcionario, frente a la pretensión de dejar en manos del Ministerio de la Presidencia la determinación de qué puestos quedarían reservados a los funcionarios. Así lo expresa en el fundamento jurídico tercero, apartado d):

DOCUMENTO DE TRABAJO SUJETO A
REVISIÓN

“El art. 15 se refiere a las «relaciones de puestos de trabajo de la Administración del Estado», debiendo circunscribirse su impugnación al último inciso del apartado 1.º de este precepto, donde se encomienda al Ministerio de la Presidencia determinar los requisitos para el desempeño de cada puesto de trabajo, «debiendo especificarse aquellos puestos que, en atención a la naturaleza de su contenido, se reservan a funcionarios públicos».

Este apoderamiento indeterminado que la Ley confería al Ministerio de la Presidencia, a efectos de especificar cuáles sean los puestos de trabajo que deban quedar reservados a funcionarios públicos, entraña una patente conculcación de la reserva de Ley establecida en el art. 103.3 de la Constitución y, de este modo, una plena renuncia del legislador a su tarea de establecer en este punto, ciertamente crucial para la estructura de las Administraciones Públicas y de la propia Función Pública, condiciones y límites materiales sobre las determinaciones concretas que puedan ser adoptadas por los órganos de la Administración. Tal necesario encuadramiento legislativo de las decisiones de quienes hayan de aplicar o desarrollar las propias normas de la Ley no viene dado en este precepto, desde luego, por su mención, como pretendido criterio para las decisiones sobre esta reserva de puestos de trabajo, a «la naturaleza de su contenido» propio, imprecisa referencia que no vincula efectivamente a la decisión administrativa. Este último inciso del art. 15.1 («debiendo especificar aquellos puestos que, en atención a la naturaleza de su contenido, se reservan a funcionarios públicos») es inconstitucional y ha de ser declarado nulo.”

De este modo, el tan citado EBEP, en su artículo 9.2, establece una clara reserva funcional funcional:

“En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la Ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca.”

DOCUMENTO DE TRABAJO SUJETO A
REVISIÓN

Se trata de una prescripción legal concisa, en la línea de la tipología de legislación básica que encarna la norma en la que se inserta, pero relevante al juridificar el modelo de función pública de la Constitución española de 1978, el cual se enuncia en sentencias como la del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 9 de julio de 2012 (nº recurso 216/2011), que en su fundamento de derecho cuarto, expone:

"A propósito de la delimitación de los puestos que, por ajustarse a las características indicadas por el artículo 15.1 c) de la Ley 30/1984, pueden ser cubiertos por personal laboral, hemos dicho en la sentencia de 13 de mayo de 2009 (casación 562/2005) lo siguiente:

"Lo primero a destacar es que la literalidad de ese precepto legal claramente señala que, por lo que hace a los puestos de trabajo de la Administración, la regla general es el estatuto funcionarial y lo excepcional el régimen laboral; y esto hace que hayan de interpretarse restrictivamente las excepciones que en dicho precepto se enumeran.

Lo segundo que debe subrayarse es que, en caso de duda, habrá de efectuarse una interpretación que tenga en cuenta cuáles son las notas fundamentales que se toman en consideración en el conjunto de esos casos que directamente son enumerados en el tan repetido precepto como hábiles para encarnar la excepción. Y estas notas son algunas de las siguientes: la temporalidad del puesto; su contenido coincidente con actividades propias de oficios o profesiones existentes en el sector privado, lo que equivale a señalar que se trata de puestos que no difieren en nada con los que puedan existir en dicho sector; su carácter instrumental en todo lo relativo a edificios y demás medios materiales de la Administración; o su carácter siempre secundario, auxiliar o de mera colaboración cuando tengan asignadas funciones administrativas".

En la misma línea resulta bastante esclarecedora la sentencia Tribunal Superior de Justicia de Asturias, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), Sentencia núm. 17/2012 de 19 enero. JUR 2012\99332, FD 4º:

DOCUMENTO DE TRABAJO SUJETO A
REVISIÓN

“Por lo que respecta pues a las alegaciones referidas a la caracterización de los puestos de trabajo a desempeñar por personal laboral como contraria a derecho, debemos realizar las siguientes puntualizaciones. La Constitución Española (RCL 1978, 2836) parte de un modelo de personal al servicio de las administraciones públicas de carácter funcionarial y así se establece en el artículo 103 de la Constitución y se ha reafirmado por el Tribunal Constitucional en su sentencia 99/1987, de 12 de Junio . La propia Constitución y la jurisprudencia citada establecen una reserva legal para regular y disciplinar el estatuto de las funciones públicas, siendo el carácter laboral de determinados puestos de trabajo será la excepción a la regla general.

En el caso que decidimos la recurrente manifiesta que determinados puestos de trabajo, los más arriba citados, no reúnen los requisitos que la Ley establece para esta consideración, y lo hace discutiendo uno por uno cada uno de ellos, ciertamente no con excesivas matizaciones. En todo caso la Administración demandada, ni en el expediente administrativo, ni muy especialmente en el escrito de contestación a la demanda ni en el de conclusiones, defiende con concreción, puesto por puesto, el que concurran los requisitos de la Ley para su consideración como laboral. Por el contrario solo en el escrito de contestación a la demanda se hace referencia a las funciones de determinadas unidades administrativas en las que se supone están encuadrados los puestos de trabajos litigiosos. De estas consideraciones no podemos concluir que se haya justificado la excepción a la regla general del carácter funcionarial de nuestro modelo.

En conclusión debemos estimar el recurso en estos particulares toda vez que no queda acreditada la concurrencia de los requisitos necesarios para que se de la excepción al modelo funcionarial constitucionalmente establecido.”

A modo de conclusión puede señalarse lo siguiente:

- La reserva funcional funcionarial constituye un núcleo indisponible que se manifiesta en “el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado

DOCUMENTO DE TRABAJO SUJETO A
REVISIÓN

y de las Administraciones Públicas". Así se refiere a este núcleo esencial la profesora Josefa Cantero en su estudio *"funcionarios y laborales (a propósito del ejercicio de potestades en la Administración Pública y de la reserva funcionarial)"*:

"...deberá respetar el ejercicio de potestades que impliquen autoridad o salvaguardia de intereses generales del Estado o de las Administraciones Públicas, toda vez que este tipo de funciones debe quedar vetado a los laborales y sus puestos ocupados necesariamente por funcionarios públicos que, además, posean el requisito de la nacionalidad española. A mayor abundamiento, se han de reservar los puestos de trabajo que impliquen tanto la "participación directa" como la "participación indirecta" en su ejercicio. Es decir, la reserva abarcaría también a todos aquellos puestos que sean auxiliares e instrumentales, que se utilicen como medio para el ejercicio de dichas potestades y para la salvaguarda de intereses generales. Dentro de estas funciones habría que incluir en todo caso las relacionadas con la ordenación y la intervención administrativa, que se van a plasmar en la emanación de los correspondientes actos administrativos, entendidos como toda declaración de voluntad, de deseo, de juicio o de conocimiento que realiza un órgano administrativo en ejercicio de sus competencias y de acuerdo con el procedimiento legal o reglamentariamente previsto. Obviamente, por sus repercusiones para los particulares y por ser una manifestación del ejercicio de autoridad, deberían ser incluidas las funciones sancionadoras, las autorizatorias, las inspectoras o de control o fiscalización, la instrucción y la elaboración de propuestas de resolución de los procedimientos administrativos, la emanación de órdenes de policía, las funciones relativas a la elaboración de normas, etc. Dentro del concepto genérico de la salvaguarda de intereses generales del Estado o de la Administración podrían incluirse las funciones relativas a la dación de fe pública y gestión de los registros administrativos, las de recaudación, asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las funciones de contabilidad, etc."

DOCUMENTO DE TRABAJO SUJETO A REVISIÓN

Respetando la reserva funcional, la determinación de los puestos de naturaleza funcional y de aquellos ámbitos en los que procede la contratación de personal laboral, debería tener en cuenta aspectos tales como los siguientes:

- Claridad y homogeneidad: la excesiva confusión entre las dos grandes clases de empleados públicos, es causa de conflictos, de ineficiencias y de confusión en la gestión ordinaria, por lo que debe tenderse a la extensión de un régimen, que en virtud de la reserva funcional será éste predominantemente.
- Análisis de la experiencia histórica: tres décadas de convivencia diaria de los regímenes funcional y laboral deberían ser la fuente de conocimiento necesaria para detectar fallos y no incidir en ellos.
- Determinación rigurosa de las necesidades estructurales en contraposición con las coyunturales, contingentes y pasajeras o lo que es lo mismo, distinción entre servicios esenciales, permanentes y estructurales y servicios discrecionales: una correcta planificación de las necesidades de personal es imprescindible para proceder a dicha determinación. En este punto, el ámbito más característico de las necesidades coyunturales debe ser el reservado a la contratación laboral, frente al modelo funcional que se caracteriza por la inmovilidad propia de los funcionarios de carrera, aspecto que entronca y es coherente con aquellos servicios dotados de las notas antes referidas de esencialidad y permanencia.
- Lo anterior debería ir acompañado de un estudio general de costes y beneficios de los distintos modelos de gestión de los servicios públicos desde la perspectiva de la ordenación de los medios personales. En ningún caso debería producirse la opción por un modelo de gestión u otro, sin un análisis riguroso de la planificación de los medios personales y su incidencia en el empleo público.

DOCUMENTO DE TRABAJO SUJETO A REVISIÓN

- Incardinación de los puestos directivos profesionales en el marco del sistema general de ordenación de los puestos de trabajo a través del instrumento que a esos efectos se articule, situando los puestos directivos en la cúspide de la organización administrativa e inmediatamente por debajo de los cargos de carácter político.

VII. Tipología del personal directivo profesional.

Personal directivo funcionarial

En coherencia con lo expuesto respecto de la reserva funcionarial, el modelo predominante de personal directivo será el provisto por funcionarios de carrera pertenecientes a cuerpos y escalas clasificados dentro del grupo A, subgrupo A1, esto es, aquellos que tienen atribuidas las funciones que implican las más altas responsabilidades en el ámbito de las Administraciones Públicas. En el diseño de los cuerpos y escalas y en orden a procurar una formación más elevada y especializada, puede resultar adecuada la exigencia del título de grado y de posgrado, de conformidad con la nueva ordenación de las enseñanzas universitarias.

Personal directivo laboral

Sin embargo, cuando la naturaleza de las funciones, del proyecto a ejecutar o del programa a desarrollar así lo exija, el personal directivo profesional podría ser de carácter laboral. En este caso, se abren varias opciones:

- 1) Selección entre personal laboral fijo de las Administraciones Públicas.
- 2) Selección en el marco de un proceso selectivo específicamente convocado para la cobertura del puesto directivo entre personas procedentes del ámbito privado.

DOCUMENTO DE TRABAJO SUJETO A REVISIÓN

- 3) Como posibilidad intermedia cabría un procedimiento de selección que combinara las dos opciones anteriores, esto es, la participación tanto de personal laboral fijo como de aspirantes procedentes de ámbitos ajenos a las Administraciones Públicas.

VIII. Reclutamiento del personal directivo profesional.

Tal y como señala el EBEP, en este punto los principios insoslayables son mérito, capacidad, igualdad y publicidad, por lo que la cobertura de cada puesto directivo profesional debe ir precedida de una convocatoria pública en la que se fijen los requisitos exigidos para el desempeño del puesto, las funciones inherentes al referido puesto, así como una descripción detallada de los méritos que debe reunir la persona seleccionada para el desempeño del puesto. No en vano, dichos méritos serán la referencia a tener en cuenta en la valoración de los diferentes aspirantes, cuya idoneidad debe ser apreciada motivadamente.

El juicio de idoneidad debe ser expuesto en el acto de nombramiento por el procedimiento de libre designación, exteriorizando las razones que decantan la selección, a la luz de los principios de mérito y capacidad. En este punto ha de traerse a colación la jurisprudencia muy definida del Tribunal Supremo respecto de los nombramientos discrecionales en el ámbito jurisdiccional. En esa línea, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª), de 5 febrero 2010, dice en su fundamento de derecho cuarto:

“Esa confianza no puede entenderse basada en apreciaciones de oportunidad política, afinidad personal o adscripción ideológica, sino en razones exclusivas de aptitud profesional para el desempeño del puesto concernido, que podrán tener en cuenta, por supuesto, no sólo la formación y experiencia técnico-jurídica, sino también la aptitud personal para la labor de dirección y gestión inherente a la Presidencia de un órgano jurisdiccional colegiado, pero que en todo caso deberán ser explicables y asequibles desde la perspectiva de los principios constitucionales de mérito y capacidad.”

DOCUMENTO DE TRABAJO SUJETO A REVISIÓN

En cualquier caso, la relevancia de las funciones directivas hace aconsejable que el órgano competente para el nombramiento pueda ser asesorado por especialistas técnicos que eleven un informe de valoración de los méritos de los aspirantes con una propuesta de nombramiento. Este aspecto, que debería prever la convocatoria, es un elemento más en la profundización de la verificación de los principios de mérito y capacidad.

IX. La necesaria introducción de elementos de evaluación y control.

Eficacia y eficiencia son dos principios universalmente referidos en relación con la estructura y el funcionamiento de las Administraciones Públicas. La gran cuestión es su aplicación efectiva con el establecimiento de prácticas que lleven a su consecución. En lo atinente al personal directivo profesional, es fundamental el establecimiento de un memorando de objetivos del personal directivo, el cual debería estar enunciado de forma general en la convocatoria que inicie el procedimiento de reclutamiento, y desarrollado con posterioridad a través de la concreción de dichos objetivos para cada anualidad.

La consecución de los objetivos del memorando debería ser objeto de valoración objetiva a través de un órgano colegiado de carácter técnico, el cual debería elevar al órgano competente para el nombramiento, un informe de evaluación del grado de cumplimiento de los objetivos.

X. Introducción de elementos que garanticen el desempeño profesional óptimo del personal directivo.

El éxito de la función pública directiva tiene que ir necesariamente vinculado a los siguientes aspectos:

- 1) Coordinación.
- 2) Liderazgo.
- 3) Responsabilidad.
- 4) Autonomía.

DOCUMENTO DE TRABAJO SUJETO A REVISIÓN

En este apartado se trata de analizar aquellos aspectos que pueden contribuir a la construcción de un personal directivo exitoso subjetivamente y en el ámbito general de la organización administrativa.

Permanencia y cese. Un desempeño directivo profesional adecuado requiere una adaptación a la realidad y la incorporación de elementos de estabilidad. Por eso se propone que los nombramientos para puestos directivos profesionales sean temporales, no necesariamente coincidentes con la duración de una legislatura, y sólo sea posible el libre cese al finalizar la duración del mandato directivo. Durante dicho período, sólo será causa válida de cese la valoración negativa contenida en el informe de evaluación del memorando de objetivos realizada por el órgano colegiado de carácter técnico a que hace referencia el apartado anterior, sin perjuicio del cese que pueda proceder por otras causas legales como la responsabilidad disciplinaria o penal.

Retribuciones. Uno de los elementos esenciales para el éxito de esta clase de personal, al igual que ocurre con el resto de empleados públicos, es la configuración de un sistema retributivo que siendo respetuoso con el principio de austeridad predicables de todas las Administraciones Públicas, introduzca elementos que resulten atractivos.

En este punto adquiere especial relevancia el principio de determinación individualizada de las retribuciones de esta clase de personal en función de las características y funciones de cada puesto y de cada directivo. Por utilizar la terminología retributiva que trae causa de la legislación de función pública así como de las correspondientes leyes de presupuestos, en el ámbito del personal directivo tendrán especial relevancia dos clases de retribuciones:

- El complemento específico, entendido como *la especial dificultad técnica, responsabilidad, dedicación, incompatibilidad exigible para el desempeño de determinados puestos de trabajo o las condiciones en que se desarrolla el trabajo*, tal y como lo define el artículo 24 b) del EBEP.

DOCUMENTO DE TRABAJO SUJETO A REVISIÓN

- La productividad, entendida como *“el grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos”*, así definida en el apartado c) del precepto que acabamos de referir.

Incompatibilidades. El régimen de incompatibilidades del personal directivo está meridianamente definido en la disposición final quinta del EBEP, al señalar:

“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.”

De lo expuesto, se infiere que el legislador ha diseñado un modelo de personal directivo caracterizado por la dedicación absoluta y la búsqueda de la máxima imparcialidad y la evitación de los conflictos de intereses.

Situación administrativa. La incardinación de los puestos directivos en el ámbito de cada relación de puestos de trabajo aconseja que en caso de desempeño de uno de estos puestos por parte de un funcionario de carrera, la situación administrativa sea el servicio activo, al tratarse del desempeño de un puesto imbricado en la carrera administrativa.

En el caso de que el personal ostente la condición de personal laboral, en aplicación del artículo 13 del EBEP, deberá celebrarse un contrato de alta dirección, que es una relación laboral especial regulada en virtud 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 y al que como se ha señalado, remite directamente la legislación básica contenida en el precitado EBEP, quedando la relación laboral de origen en la situación que prevea la legislación laboral aplicable.

DOCUMENTO DE TRABAJO SUJETO A
REVISIÓN

XI. Conclusiones

- 1) **La regulación del personal directivo profesional es un aspecto esencial para la modernización de las Administraciones Públicas, al encarnar un clase de personal de alta cualificación, con funciones de la máxima relevancia desde el punto de vista administrativo y que bajo los principios de coordinación, liderazgo, responsabilidad y autonomía, contribuyen de forma decisiva a la máxima profesionalización de la ejecución de las políticas públicas.**
- 2) **Es esencial la clara diferenciación de la función directiva política de la función directiva profesional, así como el establecimiento de elementos comunes relacionados con el establecimiento de criterios claros para la determinación de objetivos, el análisis de resultados y la rendición de cuentas en función de dichos resultados.**
- 3) **El personal directivo profesional encuentra su campo de actuación natural en el ámbito de aplicación del EBEP.**
- 4) **Las funciones directivas deben ser decisorias y verificar un ámbito claro de autonomía e iniciativa del personal directivo, como responsable inmediato bajo la supervisión del titular del órgano competente para el nombramiento del desarrollo de la actividad que se le encomienda, lo cual conlleva la necesidad de que su estatuto jurídico reconozca un conjunto de atribuciones competenciales en el ámbito de la actuación administrativa.**
- 5) **El modelo de personal directivo profesional debe insertarse coherentemente en el modelo de empleo público diseñado por nuestra Constitución y caracterizado por la predominancia del personal funcionario. Por lo que con carácter general, el personal directivo será el provisto por funcionarios de carrera pertenecientes a**

**DOCUMENTO DE TRABAJO SUJETO A
REVISIÓN**

cuerpos y escalas clasificados dentro del grupo A, subgrupo A1. En este punto adquiere especial relevancia la creación, modificación y supresión de cuerpos y escalas atendiendo, específicamente en lo relativo al grupo A, subgrupo A1, a las verdaderas necesidades desde el punto de vista directivo profesional.

- 6) Cuando la naturaleza de las funciones, del proyecto a ejecutar o del programa a desarrollar así lo exija, el personal directivo profesional podría ser de carácter laboral.**
- 7) Los puestos directivos deben subsumirse en el sistema general de ordenación de los puestos de trabajo a través del instrumento que a esos efectos se articule, situando los puestos directivos en la cúspide de la organización administrativa e inmediatamente por debajo de los cargos de carácter político.**
- 8) La provisión de los puestos directivos debe hacerse por el procedimiento de libre designación, garantizando la publicidad e igualdad, y generalizando la práctica de que el nombramiento sea precedido por una propuesta formulada por especialistas técnicos, al objeto de facilitar y ordenar el juicio de idoneidad bajo el prisma del mérito y la capacidad.**
- 9) El procedimiento de provisión debe incluir un memorando de objetivos a alcanzar por el directivo, el cual será concretado y actualizado con carácter anual. Un órgano colegiado técnico elevará al órgano del que dependa el directivo un informe de evaluación de resultados en relación con el memorando de objetivos.**
- 10) Los nombramientos para puestos directivos profesionales serán temporales, no necesariamente coincidentes con la duración de una legislatura, y sólo será posible el libre cese al finalizar la duración del mandato directivo. Durante dicho**

**DOCUMENTO DE TRABAJO SUJETO A
REVISIÓN**

período, únicamente será causa válida de cese la valoración negativa contenida en el informe de evaluación del memorando de objetivos realizada por el órgano colegiado de carácter técnico, sin perjuicio del cese que pueda proceder por otras causas legales como la responsabilidad disciplinaria o penal.

- 11) Las retribuciones deberán atender especialmente a la incorporación de elementos variables en función de las características específicas de cada puesto y de cada directivo, premiando especialmente el alto rendimiento y la consecución de resultados.
- 12) Los directivos estarán sometidos al régimen de incompatibilidad de acuerdo con la disposición final quinta del EBEP.
- 13) El desempeño de un puesto directivo debe formar parte de la carrera administrativa, por lo que la situación administrativa del funcionario nombrado, será la de servicio activo.
- 14) En el caso de que el personal directivo sea de carácter laboral, de acuerdo con el artículo 13 del EBEP, la articulación de esa relación jurídica será la celebración de un contrato de alta dirección.

