

Personal eventual y directivo en el mundo local después de la aprobación de la Ley de Racionalización y sostenibilidad de la Administración Local”.¹

Alberto Palomar Olmeda

Profesor Titular (acred) de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid

Sumario

1.- Consideración previa	1
2.- La Ley de Racionalización y sostenibilidad de la Administración Local	9
A) Limitación del número o el coste de los eventuales en Ayuntamientos y Entidades Locales	9
B) Limitaciones en el ámbito de las Diputaciones Provinciales, Cabildos y demás entidades locales diferenciadas.....	10
C) Asignación funcional.....	10
D) Régimen de transparencia.....	11
E) Régimen de aplicación	11
3.- Función Directiva	12
3.1. Modelo general	12
3.2.- Titular de la potestad de establecimiento	13
3.3.- Principios legales en la determinación	16
a) Obligación de definición previa de la función directiva profesional.....	16
b) Criterios determinantes del reclutamiento y alguna referencia a los elementos centrales de la relación jurídica de los directivos públicos.....	16
c) Criterios directamente relacionados con el ejercicio de la función directiva.....	19
d) Exclusión de la negociación colectiva.....	23
e) El régimen de dedicación de los directivos públicos.....	24
3.4.- El directivo en el ámbito local.....	25
3.5.- El personal directivo en el esquema indicado.....	28
3.6.- Grandes ciudades específicas.....	31
A.- Madrid.....	31
B) Barcelona.....	31
4.- A modo de conclusión.....	32

1.- Consideración previa

El problema del personal eventual es, ciertamente, más complejo de lo que puede pensarse como consecuencia de la lectura de su régimen legal. De hecho podemos anticipar que la consideración del personal eventual como personal de apoyo y sin funciones administrativas – que constituye la estructura conceptual más asentada- está muy lejos de explicar la regulación y la operatividad real de la figura en nuestra organización administrativa actual.

En este sentido comencemos por recordar que el artículo 89 de la LBRL establece que <<... El personal al servicio de las Entidades locales estará integrado por funcionarios de carrera,

¹ Nos referimos a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. En adelante LRSL

contratados en régimen de derecho laboral y personal eventual que desempeña puestos de confianza o asesoramiento especial...>>. Por tanto, el punto de partida pasa, únicamente, por reconocer que existe una categoría de personal que tiene la condición de personal eventual lo que, claro está, entronca, de alguna manera con lo que, con la categoría de norma básica, establece el propio artículo 8 del EBEP.

Si, profundizamos un poco más en régimen jurídico establecido en la propia norma local podemos señalar que el artículo 104 de la LBRL se limitaba a indicar que el número, características y retribuciones del personal eventual serán determinados por el Pleno de la Corporación. Esta es, esencialmente, la determinación que ha resultado afectada como consecuencia de la LRSL pero que no altera la referencia a los elementos centrales de su régimen jurídico.

En esencia, este régimen viene completado con la indicación que se establece en el apartado 2 cuando señala que **“ el nombramiento y cese es libre y corresponde al alcalde o al Presidente de la entidad local correspondiente”**. Esta carácter de libre nombramiento y cese - sin referencia al principio de mérito y capacidad que intenta cubrir el conjunto del empleo público ex artículo 103.3 de la CE- es consecuencia de la determinación que viene haciendo la normativa de función pública y que consiste en ubicar su contenido funcional en la confianza política o el asesoramiento lejos, por tanto, de la función administrativa- estrictamente considerada- que se reserva a los funcionarios o, incluso, al personal laboral siempre que la función administrativa no conlleve el ejercicio de funciones de autoridad o de potestades.

El propio artículo 104 de la LBRL completa este régimen jurídico con la indicación de que los funcionarios eventuales cesan de forma automática en todo caso cuando se produzca el cese o expire el mandato de la autoridad a la que preste su función de confianza o asesoramiento². Esta referencia al cese obligado cumple la doble habilitación de servir para indicar una causa obligada de terminación de la confianza y, de otro, a la indicación de que lo que ejercen es una función de confianza o de asesoramiento.³

² STS de 3 de abril de 1992. Analiza la cuestión relativa al libre cese y señala que <<...En el caso que nos ocupa no cabe apreciar desviación de poder al no existir pruebas sobre la disparidad de los fines perseguidos por el acto recurrido y el fin fijado por el ordenamiento jurídico, tanto más cuanto que la resolución de cese impugnada, del Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Valencia, ni tan siquiera fue adoptada a iniciativa suya, sino, antes al contrario, a instancia de la mayoría de los Concejales del Grupo Popular, a propuesta de cuyo Grupo fue en su día nombrado el recurrente, para quedar adscrito como funcionario de empleo al referido Grupo, desprendiéndose del conjunto de las actuaciones, que la petición de cese formulada por aquellos Concejales al Alcalde-Presidente, tiene su causa en haber trascendido a la prensa determinadas disidencias existentes dentro del Grupo, sobre cuyas «filtraciones» hizo manifestaciones públicas posteriores el recurrente, determinando ello la pérdida de confianza del Grupo en el referido funcionario, como expresamente lo reconoció el portavoz del Grupo Popular, en el Acto de Conciliación celebrado el 20-6-1985 ante el Juzgado de Distrito núm. 6 de Valencia, promovido por el funcionario aquí recurrente frente a dicho Portavoz, pérdida de confianza esta que era suficiente para justificar la petición de cese, y que justifica a su vez la resolución de cese adoptada por el Alcalde-Presidente, en uso de la facultad discrecional que le confería el art. 104.2, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, en cuya resolución obviamente no es posible apreciar arbitrariedad alguna...>>.

³ La STJ juzgado de Orense 14 de febrero de 2014 contiene un amplio desarrollo sobre la función de los eventuales y el régimen jurídico aplicable a la misma cuando señala que <<...Entrando ya en el análisis del fondo del asunto, se concluye que la Demanda debe ser estimada, con la consiguiente anulación de la resolución impugnada, por las siguientes razones:

Conforme a lo dispuesto en el artículo 12 del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril (EBEP); artículo 104 de la Ley 7/1985, de 2 de abril (LBRL); y artículo 7 del Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo (LG 2008, 255), aprobatorio del Texto Refundido de la Función Pública de Galicia, en la Administración local el " **personal eventual** " se caracteriza por dos principios básicos:

- Su acceso al empleo público se produce por designación directa, sin previa convocatoria con publicidad, ni procedimiento de concurrencia competitiva. Su << nombramiento y cese serán libres >> (artículo 12.3 EBEP). Carece de "inamovilidad". El acto

del nombramiento vincula a esta clase de empleados públicos, por razones de confianza o de especial asesoramiento, al titular del cargo que ostenta legalmente potestad para designarlo. Cesan en consecuencia automáticamente con el cese de la autoridad que los nombró. No pueden invocar, para evitar el cese, la existencia de una relación laboral indefinida "encubierta", como consideró en estos casos el Tribunal Supremo -S^a 3^a- entre otras muchas en su [sentencia de 19 de octubre de 2012 \(RJ 2012, 10234 \)](#) -rec. 359/2011.

- Tiene carácter excepcional. No puede desempeñar funciones que conlleven ejercicio de autoridad. Tampoco las de fe pública y asesoramiento preceptivo reservadas a funcionarios de carrera (Sentencia del Tribunal Supremo -S^a 3^a-, de 17 de marzo de 2005, RC 4245/1999).

No obstante, tal y como dispone expresamente el artículo 12.5 Ley 7/2007 (EBEP), en todo lo demás el personal eventual se rige por << el **régimen general de los funcionarios de carrera** >>.

Y así, por ejemplo, le resulta de aplicación la regulación de incompatibilidades de los funcionarios de carrera. Ostenta los derechos a la negociación colectiva y a la huelga de los funcionarios (S TS 18/03/2010 -RC 160/2007-). E incluso el de consolidar trienios (S TS 13/11/2012, RC 364/2011).

Entre dichos derechos, comunes a los del resto de los funcionarios, sobresale sin duda el de percibir el correspondiente salario (artículo 14.d/ Ley 7/2007 -EBEP-, referido, sin excepción, a todos los empleados públicos) . Y el de cotizar a la Seguridad Social , incluyendo contingencia por desempleo (artículos 7.1 .e/ y 205 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (RCL 1994, 1825) -TRLGSS-).

Consecuentemente, las normas rectoras de los presupuestos de las Administraciones públicas prevén la remuneración de este personal eventual equiparándolo a un grupo o subgrupo determinado de funcionarios de carrera (ad. ex. art. 26 Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales para el 2012).

Por otra parte, el artículo 3 TRLGSS prohíbe la renuncia al derecho a cotizar a la Seguridad Social, atribuyéndole la plena nulidad a todo acto en el que se establezca o acepte dicha renuncia.

El derecho a percibir un salario mínimo por la relación de trabajo de un empleado público con su Administración es también, evidentemente, irrenunciable.

En el concreto caso examinado, en la resolución de nombramiento de D. Oscar como personal eventual del Concello de Xinzo de Limia no se le atribuye un horario de trabajo reducido, ni especial, por lo que se entiende que su contratación resultó a tiempo completo, hallándose sometido al régimen ordinario de los funcionarios locales, con jornada laboral de unas 37 horas semanales.

De esa contratación se derivó el derecho irrenunciable del Sr. Oscar (con la recíproca obligación de la Administración municipal) a percibir un salario o remuneración por su trabajo como empleado público. Y sobre todo, a cotizar como tal a la Seguridad Social. Ello con independencia y al margen de que en el proyecto de RPT que se tramitaba en paralelo se contemplase como "puesto sin retribución".

Como lo cierto es que no existía crédito adecuado y suficiente en el Concello de Xinzo de Limia para sufragar esos gastos (como corroboran los informes de Secretario e Interventor obrantes en el expediente administrativo), la contratación del trabajador devino nula de pleno derecho por aplicación de lo dispuesto en el artículo 173.5 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales (RCL 1988, 2607 y RCL 1989, 1851) aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (RCL 2004, 602 y 670) . Precepto en el que se establece que:

<< No podrán adquirirse compromisos de gastos por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los acuerdos, resoluciones y actos administrativos que infrinjan la expresada norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar >>

V.- Resulta en especial rechazable que en el nombramiento aquí impugnado, y en la relación funcional que a partir de él vinculó al Sr. Oscar con la Administración local demandada, se descartase su alta en la Seguridad Social como trabajador del Ayuntamiento.

El "empleador" ha de asumir, necesariamente, los costes sociales de sus trabajadores en los términos exigidos en la legislación de la Seguridad Social antes referida. Sobre todo considerando la posibilidad (nada improbable dada la avanzada edad de la persona contratada) de que sufra un accidente, enfermedad o percance en el ejercicio de sus funciones como empleado público municipal.

VI.- Con independencia y sin perjuicio de lo antedicho, concurren otras causas adicionales determinativas de la anulación de la resolución impugnada.

El Sr. Oscar tenía ya **78 años de edad** cuando accedió, por la resolución impugnada, a la condición funcional de personal eventual. Es decir, superaba en ocho años la edad máxima e improrrogable de 70 años establecida en el artículo 67.3 Ley 7/2007 (EBEP) para todos los empleados públicos, como límite de permanencia en el servicio activo.

Y además se trata de un **jubilado** , que siguió figurando como tal en la Tesorería General de la Seguridad Social tras su contratación por el Concello, vulnerando así lo dispuesto al efecto en el artículo 165 TRLGSS.

VII.- Por todo ello, y sin necesidad de examinar los demás argumentos impugnatorios esgrimidos en la Demanda, debe estimarse el recurso, con la consiguiente anulación de la resolución recurrida.

Finalmente, el apartado 3 del propio artículo 104 indica que << **los nombramientos de funcionarios de empleo, el régimen de sus retribuciones y su dedicación se publicarán en el Boletín Oficial de la Provincia y, en su caso, en el propio de la Corporación....>>.**

Esta referencia a la estructura del personal eventual es clara y, en su interpretación no deberían haberse planteado problemas si no fuera porque la **expresión confianza se ha mezclado – en el tiempo- con la confianza que es inherente a la función del personal eventual se ha acabado confundiendo con la confianza que se presta a la función directiva.**

Es evidente que el tiempo ha confundido conceptos ya que la confianza directiva no necesariamente es una función de asesoramiento o confianza política sino que realmente conlleva el ejercicio de funciones administrativas que, en esencia, deberían haber quedado fuera del ámbito de aplicación de la figura del personal eventual.⁴

Podemos preguntarnos por las causas de esta confusión conceptual. Realmente es evidente que en el fondo están las continuas y nunca resueltas indefiniciones que nuestra normativa de función pública mantiene en relación con la función directiva. El artículo 13 del EBEP establece – conviene recordarlo- 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 así como los criterios para determinar su condición, de acuerdo, entre otros, con los siguientes principios:

1. Es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración.
2. Su designación atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia.
3. El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados.

Cabe finalmente añadir, que si lo que en realidad se pretendía con el nombramiento en cuestión es que el Sr. Oscar prestase un servicio voluntario a la Administración municipal, de manera altruista y desinteresada, sin percibir remuneración a cambio, no debió -como se hizo incorrectamente- atribuírsele la condición de personal municipal de carácter eventual.

Simplemente debió integrársele **voluntariado** del ayuntamiento. Se en le algún programa de aplicaría así el "**Estatuto de las Personas Voluntarias**" regulado en los artículos 6 y ss. de la Ley 10/2011, de 28 de noviembre (LG 2011, 465) , de Acción Voluntaria de Galicia ; y en los artículos 5 y ss. de la Ley 6/1996, de 15 de enero (RCL 1996, 147) , de Voluntariado , con su consiguiente régimen de derechos y obligaciones, ajustado a ese tipo de trabajos sin remuneración. Pero desde luego no el "**Estatuto del Empleado Público**" que ineludiblemente se aplica a todo el personal de la Administración, incluido el eventual, y que resulta incompatible con la omisión de salario y de cotización a la Seguridad Social contenida en la resolución impugnada.

⁴ STSJ de Canarias de 2 de diciembre de 1997 que se refiere a la competencia en orden a la designación señala que <<... De la demanda se evidencia que la pretensión deducida, objeto del litigio, cualesquiera que sea la forma en que se haya planteado, es, en realidad, una pretensión propia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pues lo que subyace a la petición explícitamente deducida es la impugnación de una decisión de la Administración: el nombramiento como funcionario eventual. Es ésta la verdadera pretensión ejercitada, y tal pretensión, en cuanto impugnatorio de un acto de la Administración, no puede ser conocida por la jurisdicción social, pues «cuando se deduce la pretensión que da origen a la litis, la relación existente "inter partes", es la que media entre la Administración y sus funcionarios, bien que éstos sean eventuales, y toda relación funcional en la que la Administración actúa como sujeto de derechos públicos se inserta típica y exclusivamente en el ámbito jurídico-administrativo, que es el marco propio y único en que la misma ha de desarrollarse, por lo que "toda problemática que pueda surgir en torno a tal principio de relación sólo puede ser conocida y resuelta por los órganos judiciales pertenecientes al orden jurisdiccional contencioso-administrativo"».

4. 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. Cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección...>>.

Es cierto, sin embargo, que la existencia y la necesidad de la función directiva no debe permitirnos obviar un planteamiento central: la confianza que subyace – y debe subyacer en el ámbito de la función directiva- no es de carácter político sino de carácter profesional y, por tanto, las reglas esenciales del nombramiento y de la función y del cese en la misma no tienen nada que ver con la función que se atribuye a los <<eventuales puros>>.⁵ Esta confusión se ha proyectado sobre el conjunto de las relaciones jurídicas y es al que, realmente, ha acabado confundiendo los planos de análisis y de debate.

Por decirlo en términos constitucionales, el personal directivo está plenamente encuadrado en el marco del 103.3. de la CE y, por tanto, sometida al cumplimiento de mérito y capacidad aunque su formulación – como señala el EBEP en el artículo 13 anteriormente transcrito- puede tener las peculiaridades y determinaciones específicas que señale la norma que establezca la ordenación de la función directiva en la respectiva Administrativa..

Sin embargo, la falta de desarrollo de la función directiva ha justificado que esa zona gris entre la relación puramente política y la relación de empleado público se haya rodeado de confusión y, claro está, se haya acabado de situar en el marco del régimen jurídico más sencillo que, sin duda, es el de eventual porque como se acaba de ver no tiene más requisito ni fundamento que la confianza política y sin que resulten de aplicación los elementos centrales del empleo público (mérito y capacidad) y los de carácter instrumental (publicidad, concurrencia, etc....).

Este decantamiento por la relación de eventual tampoco puede considerarse clara ni siquiera en su formalización que, claro está, se ha llevado a contratos de cualquier orden lo que ha justificado una amplia jurisprudencia social cuando trata de delimitar las relaciones jurídicas de este personal directivo.⁶

⁵ STS de 20 de julio de 2011. Analiza, precisamente, la designación de un alto cargo de una entidad dependiente del Ayuntamiento en el marco de la confianza profesional y señala que <<...El contenido del puesto de gerente, según señala la sentencia, incluye funciones de carácter permanente y continuado que inciden directa y habitualmente en la prestación del servicio e impiden asignarlo a personal eventual, pues el cometido de éste, según el artículo 104.2 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local, es prestar una función de confianza o asesoramiento a la autoridad y no desempeñar las que están reservadas a funcionarios. El hecho de que algunos de los cometidos previstos en el artículo 21.2 de los Estatutos del Consorcio – desarrollar la gestión económica, proponer las reformas, elaborar proyectos o planes de actuación, elaborar la memoria-- le parezcan al escrito de interposición de carácter no técnico no es determinante, ya que, sin perjuicio de la calificación que merecen esas concretas tareas, lo decisivo es el conjunto de las que se le encomiendan. Su consideración nos lleva a coincidir con el parecer de la Sala de Valencia y con el escrito de oposición. Incluso las que el recurrente menciona a título de ejemplo y acabamos de indicar exceden claramente de las funciones de asesoramiento o confianza propias del personal eventual.

El carácter eminentemente técnico de esos cometidos impide entender amparada en este punto la Relación de Puestos de Trabajo por el artículo 176.3 del Real Decreto 781/1986 según el cual este personal eventual puede desempeñar puestos de carácter directivo. Hay que tener en cuenta que ese artículo comienza diciendo que el personal eventual se rige por el artículo 104 de la Ley reguladora de las bases del régimen local. Por tanto, sigue distinguiéndose por esas notas de confianza y asesoramiento que impiden confiarles puestos esencialmente gestores como éste.

A la misma conclusión hay que llegar a propósito del segundo motivo de casación y de los puestos de secretario y de jefe de la oficina presupuestaria a la vista de las funciones que les corresponden y las propias de los funcionarios con habilitación de carácter nacional según el Real Decreto 1174/1987 y las otras normas alegadas en el escrito de oposición...>>.

⁶ Un ejemplo de lo anterior puede encontrarse en la STSJ de Extremadura de 23 de julio de 2012 (Social) en la que se señala que <<.... En primer lugar, se invoca la incompetencia de la jurisdicción social para conocer de las pretensiones ejercitadas de

contrario: acción de despido ejercitada por un empleado público ligado a la Mancomunidad que representa a la fecha de ejercicio de la acción por una relación funcional de personal eventual de confianza. La Mancomunidad es una Administración Pública, conforme a lo establecido en el art. 2 de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512 , 2775 y RCL 1993, 246) , de RJAP y PAC (citando el art. 4 de la Ley de Mancomunidades y entidades locales menores de Extremadura Ley 17/2010, de 22 de diciembre (LEXT 2010, 453)). El demandante, según reconoce en los hechos primero y segundo de la demanda, ha venido prestando servicios para la demandada en virtud de un contrato de fecha 1 de enero de 2009 realizado como empleado público en calidad de personal eventual de confianza. Esta contratación se lleva a cabo por decisión del anterior Presidente de la Mancomunidad, D. Juan Luis , quien en la Asamblea General de la Mancomunidad celebrada el 11 de diciembre de 2008, esto es, varios días antes de finalizar el contrato de trabajo temporal del actor, propuso a la Asamblea el nombramiento de Gerente a favor de D. Eulalio , como personal eventual de su estricta confianza. Y así por Decreto del Presidente de fecha 31 de diciembre de 2008 (folio 204) se nombró como personal eventual para el puesto de Gerente de la Mancomunidad al actor, en régimen de dedicación exclusiva y con carácter de personal eventual. En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 104.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril (RCL 1985, 799 y 1372) , Reguladora de las Bases de Régimen Local , dicho Decreto fue publicado en el BOP nº 14 de 22 de enero de 2009 (folio 205). En el contrato de trabajo suscrito con el actor el 1 de enero de 2009, se hace expresa mención en el apartado "cláusulas adicionales" a que dicha contratación se efectúa "según resolución de la Presidencia de fecha 31 de diciembre de 2008", esto es, con carácter de personal eventual de confianza (folio 206). El marco de esa contratación, lo encontramos en el art. 8 del Estatuto Básico Público Ley 7/2007, de 12 de abril (RCL 2007, 768) y el art. 12. El cargo de Gerente del actor encaja perfectamente en la definición de empleado público, puesto que el actor ha venido desempeñando funciones retribuidas en la Administración Pública y al servicio de intereses generales. Por ello, considera evidente que concurre la excepción de incompetencia de jurisdicción denunciada, siendo la jurisdicción competente para conocer de las pretensiones del actor la jurisdicción contencioso-administrativa. Cita la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2011 (RJ 2012, 532) , y del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 15 de marzo de 1996 (AS 1996, 1184) . Denuncia la infracción en la sentencia de instancia de dicha doctrina jurisprudencial que ha rechazado la competencia del orden jurisdiccional social cuando la relación vigente en el momento de ejercitar la acción, en este caso de despido, deriva de un nombramiento como funcionario, puesto que la respuesta que se dé a la pretensión ejercitada hace ineludible resolver sobre la validez de la relación funcional, para lo cual no es competente este orden jurisdiccional social y sí el contencioso-administrativo, como resulta del art. 9 de la LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) y las SSTs de 20-4-92 (RJ 1992, 7657) , 27-2-96 , 12-6-96 (RJ 1996, 5063) , 16-7-96 , 22-11-96 , 27-1-97 (RJ 1997, 634) y 15-12-97 (que tratan de funcionarios interinos, pero trasladable a los eventuales como se desprende del STSJ de Madrid rec. 1153/2006 y 6158/2005 , de Cataluña rec. 1873/2001, Galicia rec. 410/2000 (AS 2000, 507) y País Vasco de 4 de marzo de 2008. También cita las sentencias de esta Sala nº 757/1993 y 548/1996 (AS 1996, 2740) , que declaran la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en dos asuntos idénticos al aquí planteado.

Pues bien, primeramente hemos de dejar sentado que la doctrina de las Salas de lo Social de las Comunidades Autónomas no constituyen jurisprudencia, pues esta, como fuente complementaria del ordenamiento jurídico, está reservada por el artículo 1.6 del Código Civil (LEG 1889, 27) a la doctrina que, de modo reiterado, establece el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, y por el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635) a la interpretación que de los preceptos constitucionales resulta de las resoluciones del Tribunal Constitucional, por lo que esta Sala no está vinculada por las sentencias de las Salas mencionadas.

En cuanto a la cuestión planteada, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de octubre de 2011 (RJ 2012, 532) , citada por la recurrente viene a sostener que "Esta Sala IV del Tribunal Supremo ha mantenido con reiteración que la delimitación del ámbito laboral y el administrativo se mueve en zonas muy imprecisas, debido a la idéntica alineación de las facultades para el trabajo, y, ante ello, el art. 3 a) del ET (RCL 1995, 997) ha permitido interpretar que el criterio diferenciador ese halla en la normativa reguladora de la relación, y no en la naturaleza del servicio prestado. Pero, para ello, se hace preciso que el bloque normativo que rige la relación entre las partes, con destrucción de la presunción de laboralidad establecida en el art. 8.1 ET , implique una evidente exclusión del orden social.

De ahí que haya de admitirse la competencia cuando se aprecia la irregularidad de la contratación, pues las Administraciones públicas no están exentas de la posibilidad de actuar como empleadores sometidas a la legislación laboral y no pueden, por la vía de tales irregularidades, eludir las disposiciones de ese marco normativo.

En este sentido, en las STS de 22 de enero de 2008 (RJ 2008, 2774) (rcud. 4282/2006) y 14 de octubre de 2008 (RJ 2008, 7382) (rcud. 614/2007) , si bien para un caso en que se trataba de analizar la legalidad de la contratación administrativa para servicios específicos, se entendió que, pese a la contratación efectuada bajo la formalidad administrativa, el contenido de la relación era propio de una contratación laboral y no de una contratación administrativa de conformidad con la definición de contrato de trabajo que se contiene en el art. 1.1 del ET ."

En el presente caso, la sentencia de instancia viene a considerar que la relación entre las partes es mucho más antigua que la relativa al último contrato de fecha 1-01-2009 en el que fue nombrado personal eventual de confianza, y que comienza el 1-09-2004, fecha en que las partes celebran un primer contrato por obra o servicio determinado en el que el actor desempeña las mismas funciones de Gerente que en la actualidad, para la Mancomunidad (si bien con otra denominación), sin que se hubiera cuestionado el carácter laboral del primer contrato. Viene a considerar que ese primer contrato fue celebrado en fraude de ley y que por ello la relación laboral del actor es indefinida. A ello añade que, el segundo contrato celebrado debe analizarse valorando las circunstancias que motivaron su celebración, considerando que se celebró tras un debate en que la Asamblea

Estas consideraciones están claramente expuestas en la STSJ de Andalucía de 30 de enero de 2013 que realmente realiza un desarrollo en clave histórica y jurisprudencial que refuerza los planteamientos expuestos. En concreto, la Sentencia señala que <<...Pero partiendo del inalterado retrato histórico de la sentencia combatida, desde las elecciones municipales de 27-5-2007, pasó el 4-7-2007 al Instituto Municipal de Dinamización Ciudadana, como personal laboral y como eventual de confianza, y como razona la sentencia de Instancia, El artículo 89 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local dispone que: "El personal al servicio de las entidades locales estará integrado por funcionarios de carrera, contratados en régimen de derecho laboral y personal eventual que desempeña puestos de confianza o asesoramiento especial." y el artículo 104. 2 respecto a

General de la Mancomunidad Integral de Servicios Lacara Sur del día 11 de diciembre de 2008, en el que se trata la renovación en su puesto de trabajo del actor y tras las diferentes opiniones que en el mismo se plantearon y ante la posibilidad de que se pudieran consolidar derechos laborales y con el fin de evitarlo se optó por la fórmula del personal eventual de confianza. La recurrente no viene a combatir en este recurso ninguna de tales consideraciones, ni la de que el primer contrato fue en fraude de ley, ni la de que el segundo contrato se celebró también de forma fraudulenta para eludir la aplicación de la normativa que sería de aplicación, con objeto de que el actor no pudiera consolidar derechos laborales. En tales consideraciones, debemos estar a lo dispuesto en el art. 6.4 del Código Civil en cuanto dispone que "4. Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.", esto es, considerar que estamos ante una relación laboral común u ordinaria, y teniendo en cuenta el fraude de ley, considerar que el actor tiene una relación laboral indefinida. Y es que esta Sala también ha venido declarando en [sentencia de fecha 8 de abril de 2008 \(JUR 2008, 180344\)](#) que "Con ello, nos podemos quedar con lo que ya expusimos en la [sentencia de esta Sala de 17 de diciembre de 1993 \(AS 1993, 5144\)](#) , Recurso de Suplicación 737/1993 , resaltando su ratio decidendi, que era la siguiente: "Ante la dificultad práctica de distinguir la relación administrativa de la laboral cuando no se trata de los denominados funcionarios de carrera, más cuando existe una relación de servicios personales que pueden prestarse con una u otra vinculación y sin que, como sucede aquí, exista una cláusula contractual que expresamente estipule la naturaleza administrativa o laboral, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por ejemplo en S. 17-3-1989 , ha atendido como elemento diferenciador a la ley o norma que ampare la contratación, habiendo declarado también con reiteración que lo que fundamentalmente determina la adscripción al área de contratación administrativa, con exclusión de la laboral, no es la naturaleza del servicio prestado, sino la existencia de una normativa con rango de ley que la autorice y su sometimiento a la misma". Tomando en consideración dichos razonamientos y citando en el mismo sentido que ahora se resuelve la sentencia de esta misma Sala de 24 de septiembre de 1992 (AS 1992, 4244) (Recurso de Suplicación 433/1992) , en el supuesto examinado, pese a lo que el Pleno del Ayuntamiento acordara, lo cierto es que las partes, posteriormente, lo que formalizaron fue un contrato laboral, sin que ni tan siquiera conste que el inicial nombramiento adoptado en Sesión Plenaria del día 14 de julio de 2003 le fuera notificado al demandante, ni que este tomara posesión de su cargo, sino que simplemente el día 18 de julio de 2003 las partes suscriben contrato de trabajo de la naturaleza indicada, lo cual desde luego no lo convierte en un contrato administrativo. La naturaleza laboral de la relación queda confirmada por los actos posteriores, por si no era suficiente con el tenor del negocio jurídico indicado (artículo 1.281 y 1.282 del Código Civil), en la ejecución o devenir del mismo, en el que se confeccionan los correspondientes recibos de salario, como Encargado de Obra, todo ello sin perjuicio de los errores sufridos por tal Corporación, tal y como se extrae de los informes que obran en su ramo de prueba. Con dichos hechos no podemos considerar que lo que existe es un nombramiento administrativo para cargo de confianza, por mucho que sus retribuciones se hayan satisfecho con cargo a la dotación presupuestaria para ello prevista, pues el consentimiento que las partes finalmente otorgaron lo fue para un contrato de trabajo de naturaleza temporal para obra o servicio determinado, lo que se contrapone al tenor de los artículos 89 y 104 de la Ley de Bases de Régimen Local , Ley 7/1985, de 2 de abril (RCL 1985, 799, 1372) . En todo caso, tal y como se ha pronunciado el Tribunal Supremo, Sala de lo Social, en sentencia de 26 de julio de 1.999 (RJ 1999, 7222) , aún para los supuestos de contratos administrativos formalmente amparados en el Real Decreto 1465/1985 (RCL 1985, 2096) , citando sentencias anteriores: «1) El art. 1.3.a) del ET (RCL 1995, 997) excluye del régimen laboral las relaciones del personal de las Administraciones Públicas que se regulen por normas de Derecho administrativo al amparo de una Ley; 2) esta exclusión permite en principio romper la presunción de laboralidad de las relaciones de servicios establecida en el art. 8.1 del ET , y con ella la atribución de competencia al orden social de la jurisdicción; 3) ahora bien - excepción de la excepción- el art. 8.1 del ET recupera su virtualidad cuando la contratación administrativa se ha efectuado al amparo de una Ley, pero con flagrante desviación del cauce legal previsto; 4) es esto lo que sucede en supuestos en que la contratación administrativa se acoge formalmente al RD 1465/1985 (RCL 1985, 2096) sobre trabajos específicos, pero el trabajo efectivamente prestado consiste en servicios genéricos sin sustantividad propia; y 5) el conocimiento de los litigios surgidos en estas relaciones de servicios, en las que se aprecia a simple vista un desajuste entre la realidad de los hechos y la norma legal de amparo, corresponde a la jurisdicción social». No debemos olvidar que tras el nombramiento analizado, lo que formalizan las partes es un contrato laboral de naturaleza temporal, en la modalidad de obra o servicio determinado."

los mismos señala que " El nombramiento y cese de estos funcionarios es libre y corresponde al Alcalde o al Presidente de la entidad local corresponde. Cesan automáticamente en todo caso cuando se produzcan el cese o expire el mandato de la autoridad a la que presten su función de confianza o asesoramiento."

Finalmente el [Artículo 8.2](#) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público , prevé respecto al personal que presta servicio para las administraciones públicas que "Los empleados públicos se clasifican en:

- a) Funcionarios de carrera.
- b) Funcionarios interinos.
- c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal.
- d) Personal eventual ", y en el artículo 12 define a este último diciendo que: "Es personal eventual el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin ."

Sentado lo anterior debe señalarse que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en [sentencia de 23 de Mayo del 2008 \(RJ 2008, 5319\)](#) ha señalado: "(..) conviene hacer una referencia al concepto y naturaleza del llamado personal eventual, que venía definido en el art. 20.1 de la [Ley 30/84 \(RCL 1984, 2000 , 2317 y 2427\)](#) y que ha sido derogado por la Ley 7/2007, de 12 de abril por la que se aprueba el Estatuto básico del empleado público, no aplicable a la fecha de los hechos pero que lo define de manera similar como "el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, **sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin**".

A ese respecto, en la [sentencia de 4 de julio de 2007 \(cas. nº 3492/2002 \(RJ 2007, 6621\) \)](#), recoge que: «El artículo 20.2 de la LMRFP , que tiene carácter básico según dispone el artículo 1.3 de dicha Ley , asigna al personal eventual las funciones "expresamente calificadas de confianza y asesoramiento especial " y la LBRL hace esa misma asignación en su artículo 89 .

Esos preceptos deben aplicarse e interpretarse simultáneamente con el artículo 15.1.f) de la Ley 30/1984 y esto produce como resultado **que no puedan ser identificadas con aquellas funciones de confianza y asesoramiento** los cometidos que, como ocurre en el puesto litigioso, encarnan tareas de carácter permanente **dentro de la organización administrativa del Ayuntamiento. Y** la sentencia de esa misma Sala de [17 de Marzo del 2005 \(RJ 2005, 3420\)](#) señala respecto a las funciones que le corresponden al personal eventual lo siguiente: "...Todo lo cual pone de manifiesto que se trata de tareas de colaboración inmediata con quienes ostentan el poder de superior decisión política, en las que predominan las notas de afinidad y proximidad política que es inherente a la "confianza " (sic); y al no realizar la actora desde esa fecha tareas de "confianza y asesoramiento especial", no estamos ante personal eventual de confianza, sino de un contrato laboral, estableciendo la LJRS, art. 1, que los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en su vertiente individual como colectiva, incluyendo aquéllas que versen sobre materias laborales y de Seguridad Social, así como de las impugnaciones de las actuaciones de las Administraciones Públicas realizadas en el ejercicio de sus potestades y funciones sobre las anteriores materias y en su art. 2.a que

los órganos jurisdiccionales del orden social, por aplicación de lo establecido en el artículo anterior, conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo y del contrato de puesta a disposición, con la salvedad de lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio (RCL 2003, 1748) , Concursal ; y en el ejercicio de los demás derechos y obligaciones en el ámbito de la relación de trabajo, procediendo por tanto la desestimación del motivo examinado, y del Recurso, dando a lo consignado el destino legal, una vez firme esta resolución...>>.

2.- La Ley de Racionalización y sostenibilidad de la Administración Local

En el contexto al que nos acabamos de referir se produce la publicación de la LRSL que incide en el régimen jurídico de las entidades locales y del personal al servicio de las mismas.

La incidencia no está demasiado explícita en la Exposición de Motivos de la Ley que únicamente se refiere a las líneas estratégicas de la reforma y señala que <<...Con este propósito se plantea esta reforma que persigue varios objetivos básicos: clarificar las competencias municipales para evitar duplicidades con las competencias de otras Administraciones de forma que se haga efectivo el principio «una Administración una competencia», racionalizar la estructura organizativa de la Administración local de acuerdo con los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera, garantizar un control financiero y presupuestario más riguroso y favorecer la iniciativa económica privada evitando intervenciones administrativas desproporcionadas....>>

Con estas referencias podríamos decir que realmente lo que establece la LRSL es la vinculación con el objetivo central de la estabilidad económica que realmente es el que está en la matriz del sistema y del que la racionalización de estructuras es, claro está, un elemento instrumental.

Pero más allá de la conexión con el objetivo central podemos intentar analizar la sistemática de la reforma sobre la base de los siguientes elementos:

A) Limitación del número o el coste de los eventuales en Ayuntamientos y Entidades Locales

A esta cuestión se refiere el artículo 104.bis sobre la base de los siguientes desarrollos:

- Los Municipios de población entre 2.000 a 5.000 habitantes podrán excepcionalmente contar con un puesto de trabajo cuya cobertura corresponda a personal eventual cuando no haya miembros de la corporación local con dedicación exclusiva.
- Los Ayuntamientos de Municipios con población superior a 5.000 y no superior a 10.000 habitantes podrán incluir en sus plantillas puestos de trabajo de personal eventual por un número que no podrá exceder de uno.
- Los Ayuntamientos de Municipios con población superior a 10.000 y no superior a 20.000 habitantes podrán incluir en sus plantillas puestos de trabajo de personal eventual por un número que no podrá exceder de dos.
- Los Ayuntamientos de Municipios con población superior a 20.000 y no superior a 50.000 habitantes podrán incluir en sus plantillas puestos de trabajo de personal eventual por un número que no podrá exceder de siete.

- Los Ayuntamientos de Municipios con población superior a 50.000 y no superior a 75.000 habitantes podrán incluir en sus plantillas puestos de trabajo de personal eventual por un número que no podrá exceder de la mitad de concejales de la Corporación local.
- Los Ayuntamientos de Municipios con población superior a 75.000 y no superior a 500.000 habitantes podrán incluir en sus plantillas puestos de trabajo de personal eventual por un número que no podrá exceder del número de concejales de la Corporación local.
- Los Ayuntamientos de Municipios con población superior a 500.000 habitantes podrán incluir en sus plantillas puestos de trabajo de personal eventual por un número que no podrá exceder al 0,7 por ciento del número total de puestos de trabajo de la plantilla de las respectivas Entidades Locales, considerando, a estos efectos, los entes que tengan la consideración de Administración pública en el marco del Sistema Europeo de Cuentas.

La simple constatación **de los criterios utilizados** en los apartados anteriores nos permite indicar que realmente el criterio del legislador no es uniforme y que, siendo predominante la referencia al número de habitantes, dicho criterio se vincula en unos casos al número de personas que componen la organización o al número de personas que tienen dedicación exclusiva en la misma.

Finalmente y para los ayuntamientos de más de 500.000 habitante se rompe el criterio puramente numérico para centrarse en el de gasto – referido a la propia plantilla- de forma que el gasto total de aquellos no pueda exceder del 0,7 del número total de puestos de la plantilla.

B) Limitaciones en el ámbito de las Diputaciones Provinciales, Cabildos y demás entidades locales diferenciadas.

Se refiere a esta cuestión el apartado **2 del propio artículo 104 bis** cuando señala que <<...2. El número de puestos de trabajo cuya cobertura corresponda a personal eventual en las Diputaciones provinciales será el mismo que el del tramo correspondiente a la Corporación del Municipio más poblado de su Provincia. ..>>. Se fija aquí un criterio único: número de habitantes del municipio de mayor población de los que componen la respectiva provincia. Es cierto que aunque el criterio es único el resultado no lo es porque se remite a la escala general que determina el número en función, precisamente, del criterio poblacional.

Por lo que se refiere a los Consejos y Cabildos insulares se fija un criterio que diferencia según que **la isla tenga más o menos de 800.000 habitantes**. Si la Isla tiene más de 800.000 habitantes se reduce en 2 respecto del número actual de miembros del cabildo y en las de menos de 800.000 habitantes, el 60 % de los cargos electos en cada Cabildo o Consejo Insular

Por último, **el resto de Entidades Locales o de sus organismos dependientes** no podrán incluir en sus respectivas plantillas, puestos de trabajo cuya cobertura corresponda a personal eventual.

En relación con la aplicación de este precepto debe tenerse en consideración que

C) Asignación funcional

La nueva regulación no solo afecta al régimen numérico del personal eventual del que pueden disponer las entidades locales sino también de su contenido funcional.

De esta forma y como regla, el personal eventual tendrá que **asignarse a los servicios generales de las Entidades Locales en cuya plantilla aparezca consignado.**

Esta regla se completa con una referencia excepcional a que podrán asignarse, con carácter funcional, a otros de los servicios o departamentos de la estructura propia de la Entidad Local, **si así lo reflejare expresamente su reglamento orgánico.**

La delimitación funcional que se propone no aparece, desde luego, que responda simétricamente a lo que hemos postulado ya que si se trata de confianza o asesoramiento especial la conexión con los servicios generales resulta, cuando menos, superflua ya que la conexión funcional lo es por razón de la materia y no del tipo de servicios.

Es probable, eso sí, que el legislador sea consciente de la realidad a la que nos venimos refiriendo y como consecuencia la fórmula no puede considerarse ni mínimamente cerrada.

D) Régimen de transparencia

Las Corporaciones locales publicarán semestralmente en su sede electrónica y en el Boletín Oficial de la Provincia o, en su caso, de la Comunidad Autónoma uniprovincial el número de los puestos de trabajo reservados a personal eventual.

El Presidente de la Entidad Local informará al Pleno con carácter trimestral del cumplimiento de lo previsto en este artículo.

E) Régimen de aplicación

El régimen general de carácter aplicativo se encuentra en la Disposición Transitoria décima conforme al siguiente esquema:

Según este régimen:

- Entidades Locales que cumplan con los requisitos de estabilidad y deuda pública y que, además, no superen en más de 30 días el plazo máximo previsto para la morosidad.

No se les aplicara el régimen previsto en los artículos 75 bis (Régimen retributivo) y ter (Limitación del número de eventuales) y 104 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local hasta el 30 de junio de 2015.

El cumplimiento de los requisitos previstos en el apartado anterior, será verificado por la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, que, en virtud de la información comunicada por las Entidades Locales al mencionado Ministerio, publicará una lista de las Entidades Locales que cumplen los requisitos previstos en el apartado anterior.

La excepción prevista en esta disposición podrá aplicarse a las Entidades Locales que cumplan con los requisitos mencionados en el apartado primero en el momento de la entrada en vigor de esta Ley y se mantendrá su aplicación hasta el 30 de junio de 2015 en tanto sigan cumpliendo los requisitos mencionados.

En ningún caso, las Entidades Locales en las que concurran los requisitos a los que se refiere esta disposición, podrán incrementar el número total de puestos de trabajo de personal **eventual** o cargos públicos con dedicación exclusiva respecto al que disponían a 31 de diciembre de 2012.

- Resto de entidades locales

Se establece la aplicación directa de la LRSL, esto es, el 31 de diciembre de 2013 conforme determina la Disposición final Sexta de la misma.

La conclusión de la regulación que acabamos de examinar nos permite entender verificado el planteamiento inicialmente expuesto, esto es, que se trata de una racionalización de las estructuras cuyo sentido no es orgánico sino únicamente centrada en la perspectiva del gasto estructural. Desde la perspectiva de lo que aquí se analiza deja en el aire la utilización del personal eventual para los denominados puestos de confianza de carácter no político sino profesional a la que hemos aludido en el apartado anterior.

La única referencia que podemos encontrar en relación con ese régimen jurídico es la relativa a la ubicación funcional en el ámbito de los servicios generales y solo de forma excepcional y con autorización o constatación en el correspondiente reglamento orgánico en el ámbito del resto de áreas funcionales.

3.- Función Directiva

En los apartados anteriores ha quedado claro que la figura del eventual cubre un hueco que en la legislación general queda en evanescente núcleo de la relación de alto cargo que, ciertamente, salvo su determinación de que se trata de una relación de derecho público apenas tiene referencias generales que expliquen o conformen la relación jurídica en cuestión.

El problema es, claro está, la indefinición y la falta de modelo en lo que es la función directiva en el ámbito de las Administraciones Públicas.

3.1. Modelo general

Una de las características centrales del EBEP es que no impone un modelo de directivos. Se limita a indicar en el artículo 13 – al que ya nos hemos referido – que determinados órganos ejecutivos pueden establecer un sistema de directivos sin precisar que se trate de una determinación obligatoria.

En consecuencia podemos decir que la introducción de un modelo de directivos, desde una perspectiva legal, no es obligatoria si no que es fruto de la decisión de política pública basada en la necesidad de la racionalización de los propios modelos de gestión. La decisión sobre el establecimiento de este sistema es pues una decisión libre de aquellas organizaciones que consideran que pueden servir mejor al objetivo público con esta forma de organización.

Sin lugar a dudas es este el marco más deseable para conseguir la implementación de un sistema de directivos con carácter general ya que nuestra tradición histórica-organizativa ha ofrecido una clara resistencia a este tipo de configuración por lo que sin el establecimiento de una obligación legal expresa es muy probable que las inercias y los medios a un sistema de dirección pública predominen sobre cual otra consideración.

Es cierto, sin embargo, que esta es una consideración personal sin más fundamento que la inercia histórica por lo que sería injusto no dejar, en este momento, un cierto margen de duda para comprobar si era una previsión injustificada o un medio premonitorio sin fundamento. El tiempo determinará, por tanto, si era suficiente con un modelo potestativo o

si el verdadero impulso de la gestión pública en este ámbito justificaba una determinación de mayor fuste.

Lo que si es cierto, desde una perspectiva general del modelo, es que la no introducción de un sistema de dirección pública dentro del EBEP no tiene esquema alternativo de forma que, por tanto, solo cabrá la proyección organizativa que deriva directamente del artículo 98 y 103 de la CE de forma que la función directiva alcanzará de hecho a quienes ostentan la condición de gobierno y quienes desarrollan o se encuentran en la Administración en su condición de funcionarios públicos. Ente los dos estratos (políticos y funcionarios) se plasmará la función directiva con la tendencia evidente a que exista un predominio claro de los primeros sobre los segundos.⁷

Podemos, por tanto, indicar que del EBEP se proyectan, por tanto, un conjunto de Administraciones configuradas en dos o tres tramos. En dos tramos (políticos- funcionarios) si por la respectiva Administración no se introduce un sistema de dirección pública y en tres tramos (políticos- directivos-funcionarios) cuando en el ejercicio de la potestad que conforma el artículo 13 del EBEP se haya decidido – en los términos a los que inmediatamente aludiremos- el establecimiento de un sistema de directivos públicos.

En todo caso hay que insistir en que los términos de esta disociación, desde la perspectiva del EBEP, no aparecen prejuzgados dejando, por tanto, a las respectivas Administraciones en el ejercicio de su potestad de organización la determinación de su propia estructura y, como inmediatamente veremos, su propia extensión.

A partir de esta determinación podemos indicar que el establecimiento o no de un sistema de directivos públicos es una decisión que el EBEP deja en manos de la propia Administración y de su forma de organización. Será la mayor o menor concienciación de la respectiva Administración en la gestión pública, en la necesidad de dirección de la misma la que establezca cuando y qué modelo de función directiva se debe plantear y cuando es preciso instaurarlo.

En síntesis podemos insistir en que la decisión de creación de un sistema de directivos públicos es una decisión organizativa y de decisión política. El ejercicio de esta facultada puede ser completamente libre o, por el contrario, puede ser limitada o “acotada” por las normas de desarrollo aunque para analizar esta determinación es necesario analizar la potestad de establecimiento.

3.2.- Titular de la potestad de establecimiento

Aunque el modelo constitucional, en el plano territorial, se conforma sobre la base de tres instancias territoriales, el EBEP no ha tratado a todas ellas por igual en lo que se refiere a su madurez y capacidad de organización y ha centrado en dos las instancias a que se refiere.

Así lo demuestra el artículo 13 del EBEP cuando señala 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 así como los criterios para determinar su condición...>>.

⁷ Cordero Saavedra. L. Altos cargos de la Administración universitaria: su delimitación y peculiaridades. Actualidad Administrativa. Núm. 44. Noviembre-diciembre- 1996.

Es claro, por tanto, que solo el Gobierno – en el ámbito de la AGE- y las Comunidades Autónomas (en su ámbito y en el de las Administraciones Locales) son los llamados legalmente a establecer la existencia de un sistema de directivos públicos. Este Estatuto podrá, a su vez, configurar el sistema de directivos como de conformación obligatoria o potestativa estableciendo así una segunda decisión de organización que condicione la aplicación del sistema. Realmente es bastante probable que esta segunda condición se cumpla ya que es bastante posible que la regulación determine algunas pautas de aplicación que realmente condicionen el modelo.

Por lo que al Gobierno se refiere podemos indicar que realmente lo que hace el artículo 13 del EBEP es una auténtica deslegalización para que sea el Real Decreto el que pueda fijar la función directiva. Los términos de esta deslegalización son más que complejos ya que realmente el alcance de la reserva de ley en materia de función pública y de determinación tiene un alcance nada menor y, por tanto, sobrevolara sobre el Estatuto del Personal Directivo siempre que afecte o pretiera algunas de las cuestiones que el propio Tribunal Constitucional había indicado como estrictamente reservadas a ley. Incluimos en este grupo y de una forma significativa, el sistema de reclutamiento y la capacidad de fijar libremente sistemas de tal.⁸ No obstante, se trata de una cuestión que podemos solventar sobre la base del cumplimiento o no de los principios legales que determinan la existencia de esta figura. Si conviene recordar el alcance de la reserva de ley cuando señala que <<...Sentencia Tribunal Constitucional núm. 99/1987 (Pleno), de 11 junio Recurso de Inconstitucionalidad núm. 763/1984.

RTC 1987\99 en la que señala que <<...**Es éste, desde luego, un ámbito cuyos contornos no pueden definirse en abstracto y a priori, pero en el que ha de entenderse comprendida, en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de Cuerpos y Escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas, pues habiendo optado la Constitución por un régimen**

⁸ En este sentido señala la Sentencia que <<..., a) El primer argumento o alegato de los recurrentes se refiere a la inobservancia de la reserva de Ley y por la disposición impugnada. Al respecto, se debe comenzar por observar que en el Art. 103.3 de la Constitución se establece, efectivamente, una reserva para la regulación por Ley de diversos ámbitos de la Función Pública, entre los que se cuenta el «Estatuto de los funcionarios públicos». Esta materia queda, así, sustraída a la normación reglamentaria, mas no 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, 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 este ámbito, por lo tanto, habrá de ser sólo la Ley la fuente introductora de las normas reclamadas por la Constitución, con la consecuencia de que la potestad reglamentaria no podrá desplegarse aquí innovando o sustituyendo a la disciplina legislativa, no siéndole tampoco posible al legislador disponer de la reserva misma a través de remisiones incondicionadas o carentes de límites ciertos y estrictos, pues ello entrañaría un desapoderamiento del Parlamento en favor de la potestad reglamentaria que sería contrario a la norma constitucional creadora de la reserva. Incluso con relación a los ámbitos reservados por la Constitución a la regulación por Ley no es, pues, imposible una intervención auxiliar o complementaria del reglamento, pero siempre -como se dijo en el fundamento jurídico 4.º de la STC 83/1984, de 24 de julio (RTC 1984\83)- que estas remisiones «sean tales que restrinjan, efectivamente, el ejercicio de esa potestad (reglamentaria) a un complemento de la regulación legal, que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley», de tal modo que no se llegue a «una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir».

estatutario, con carácter general, para los servidores públicos (arts. 103.3 y 149.1.18), habrá de ser también la Ley la que determine en qué casos y con qué condiciones puedan reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración Pública. Las normas que disciplinen estos ámbitos serán, en el concepto constitucional, ordenadoras del Estatuto de los funcionarios públicos, pues todas ellas interesarán directamente a las relaciones entre éstos y las Administraciones a las que sirven, configurando así el régimen jurídico en el que pueda nacer y desenvolverse la condición de funcionario y ordenando su posición propia en el seno de la Administración. Esta normación, en virtud de la reserva constitucional a la que se viene haciendo referencia, 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 así 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. Si estos límites se respetan no podrá decirse inconstitucional la remisión legal al Reglamento, según ya se apuntó por este Tribunal en el fundamento jurídico 6.º de su Sentencia 57/1982 (RTC 1982\57). Se trata, pues, de apreciar si en los concretos preceptos de Ley que se impugnan se ha incurrido o no, por referencia a esta reserva constitucional, en la «deslegalización encubierta» que denuncian los recurrentes...>>.

Desde esta posición podemos, por tanto, indicar que la opción del legislador del EBEP ha sido la de considerar que únicamente existen dos titulares de la potestad de regulación: el Gobierno del Estado y los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas. No obstante esto y teniendo en cuenta el principio de autonomía de organización y funcionamiento que trata de establecer el artículo 3 del EBEP como límite a la regulación local podría articularse el triple nivel de decisión en el establecimiento siempre que la normativa autonómica así lo establezca.

Esto nos permite una primera aproximación a la titularidad indicando que:

- El Gobierno de la Nación puede establecer una regulación que afecte a la Administración General del Estado y a las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.

Esta regulación puede y debe afectar no solo a la Administración General sino a los organismos públicos vinculados y dependientes. A esta conclusión llegamos por una de las referencias a las que posteriormente nos referiremos pero que no hay inconveniente en anticipar en este momento y que no es otra que la indeterminación de la naturaleza jurídica de la relación sobre la que recae lo que realmente permite entender que afecta a quienes ostentan una relación de Derecho público o de Derecho privado.

- Los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas.

La atribución a los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas de la facultad de fijar un estatuto de la función directiva supone, de antemano, la opción por un modelo heterogéneo y propio de cada Comunidad Autónoma lo que realmente supone, por un lado, 17 modelos potenciales correspondientes a las Comunidades Autónomas.

Todos ellos se someten, como única referencia de homogeneización, a los principios que se proyectan desde el artículo 13 del EBEP y que analizamos seguidamente.

Esta regulación tiene, con los matices diferenciales que quiera establecer la respectiva normativa, un ámbito de aplicación coextenso: la propia organización de la Comunidad

Autónoma y la del ámbito local. Los términos en los que se contemple esta referencia no están establecidos pero es evidente que la normativa autonómica puede establecer (o no) una regulación homogénea para la Comunidad Autónoma y las Entidades Locales o, por el contrario, puede establecer una regulación diferenciada entre ambas realidades organizativas. Nada impide en la regulación actual que se proyecta desde el artículo 13 del EBEP que la regulación autonómica sea única o diferente.

3.3.- Principios legales en la determinación

Como indicábamos anteriormente y con la finalidad de que la deslegalización no sea completa y que resulte anulada por el Tribunal Constitucional y, sobre todo, para que el modelo de directivos públicos tenga una cierta coherencia el artículo 13 establece una serie de principios que obligatoriamente deben conformar la regulación que establezcan los titulares de la potestad de organización a los que nos acabamos de referir.⁹

El examen de los citados principios podemos realizarlo en la forma siguiente:

a) Obligación de definición previa de la función directiva profesional

Se refiere a esta obligación de una forma explícita el apartado 1 del artículo 13 del EBP cuando señala que <<...Es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración...>>.

La característica previa es, por tanto, que las normas de organización de la respectiva Administración Pública deben efectuar la calificación previa del estrato directivo profesional de la misma. La no definición no implica que la función deje de existir sino únicamente que quedan en manos de los funcionarios públicos o de los empleados públicos y su cobertura tendrá que realizarse por alguno de los sistemas comunes de provisión de puestos de trabajo y entre empleados públicos únicamente.

De esta forma podemos indicar que la función directiva se conforma como un acto formal de reconocimiento de una determinada función que puede existir como tal al margen del reconocimiento pero que si no es reconocida como tal no forma parte de la estructura de directivos públicos.

b) Criterios determinantes del reclutamiento y alguna referencia a los elementos centrales de la relación jurídica de los directivos públicos.¹⁰

Se contiene en el apartado 2 cuando señala que <<...2. Su designación atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia...>>¹¹.

⁹ Villoria Mendieta. M. La capacitación de los directivos públicos en las Administraciones españolas y latinoamericanas. Revista del CLAD. Reforma y Democracia. Núm. 21-octubre 2001.

¹⁰ Longo F. El desarrollo de competencias directiva en los sistemas públicos: una prioridad de fortalecimiento institucional. VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y la Administración Pública. Lisboa. 2002; Losada Marrodan C. Las especificidades de la gestión pública: implicaciones en la función directiva pública. Documentación Administrativa. Núm. 241-242. Enero-Agosto 1997

¹¹ Ferez Fernández M. El sistema de mérito en el empleo público: principales singularidades y analogías respecto del empleo en el sector privado". En Documentación Administrativa Núm. 241-242. enero-agosto. 1995.

El EBEP utiliza una expresión ciertamente ambigua: designación. No alude como es tradicional en la función pública a selección si no que se refiere a designación. La expresión no es, sin duda, inocua y, probablemente, no es, tampoco, algo no querido ya que, como hemos visto, el reclutamiento de los empleados públicos de toda clase y condición se sitúa al borde de la deslegalización inadmisibles en términos de la jurisprudencia constitucional.

Se trata, en todo caso, de una autorización que queda condicionada a que se cumplan los principios constitucionales de mérito y capacidad (ex artículo 103.3. de la CE) y los criterios de idoneidad mediante la utilización de procedimientos que garanticen la publicidad y la concurrencia.

La aplicación de estos principios responde, de un lado, a la propia dinámica constitucional que deriva del artículo 103.3 de la CE y que consagra estos principios, y de otro, a la necesidad de salir al paso de una situación previa configurada, esencialmente, por la falta de transparencia y de concurrencia en la selección del estrato directivo.

Esto nos permite afirmar que la nueva regulación se sitúa en un entorno mucho más sensato y objetivo que la situación previa que, como había analizado detenidamente, Jiménez Asensio, se caracterizaba, precisamente y como queda dicho, por la elusión del principio de publicidad y, eventualmente y por lógica, del de concurrencia.¹²

A partir, por tanto, de los principios y de los criterios podemos indicar que le corresponde a las normas que definan el estatuto de los directivos públicos de cada Administración señalar las pruebas concretas con las que se produce la selección y la consecuencia: la designación. La designación debe completarse con el nombramiento y la toma de posesión que son los títulos jurídicos que habilitan para el ejercicio de la función pública correspondiente. El nombramiento y la designación serán actos independientes o actos, por el contrario, pueden arrancar de la propia norma que regule el cargo en cuestión. Esto ocurrirá, especialmente, cuando el puesto en cuestión esté regulado en normas generales como, por ejemplo, las del gobierno. En síntesis lo que se quiere decir es que, por ejemplo, la designación de un Director General será el propio acto de nombramiento que realice el Consejo de Ministros con independencia de las vicisitudes y del procedimiento que para realizar dicho nombramiento se prevea en la normativa de directivos públicos.

En todo caso nombramiento y toma de posesión son datos esenciales desde una perspectiva jurídica porque marcan el apoderamiento para el ejercicio de las funciones públicas y, además, someten al afectado al régimen especial de responsabilidad penal por los eventuales delitos que afectan exclusivamente a los funcionarios públicos que serán de indudable aplicación.

Desde la perspectiva de las pruebas para obtener el nombramiento podemos indicar que estas pruebas pueden contener, claramente, requisitos y actitudes diferentes en razón a los requisitos de idoneidad que se exijan para cada puesto directivo o para los grupos de puestos. No hay una referencia explícita como suele ser común en las normas de empleo público al tipo de pruebas lo que implica una habilitación para que la respectiva norma determine las mismas o, incluso, que apodere al órgano de selección para concretarlas. Esta habilitación, aunque nada se dice, debe tener como referencia final su carácter objetivo que

¹² Jiménez Asensio. R. Altos cargos y directivos públicos. Un estudio sobre las relaciones entre política y administración en España. 2ª Ed. Oñati. 1998

es uno de los elementos centrales que determinan la posibilidad o la viabilidad de la aplicación de los sistemas de ingreso en la función pública. La línea objetividad-subjetividad es la que determinará lo admisible en este ámbito.

Es cierto, sin embargo, que la idoneidad en relación con el respectivo puesto o grupos de puestos de trabajo se presenta como criterio determinante y es la que permite, a nuestro juicio, la clasificación individual o agrupada de los puestos directivos que determinará las pruebas en concreto y la propia configuración del puesto de trabajo en cuestión.

Es claro que esta determinación permite diseñar un modelo ciertamente abierto y amplio de puestos directivos – si es que se decide su implantación, claro está,- que admite una configuración amplia o estricta o, incluso, la configuración mixta de forma que aunque se considere que existen puestos de dirección no se declaren como tales y, por tanto, se provean por empleados públicos en la forma ordinaria y que éstos convivan con una serie de puestos directivos especialmente delimitados como tales.

Fuera de esta determinación es lo cierto que la duda más clara es la propia condición del directivo y, en concreto, si se trata de una condición temporal o definitiva. La lógica impone que se trate de una función temporal pero es cierto que la indefinición de la naturaleza jurídica y la exclusión de dicha condición de las clases de empleados públicos a la que se refiere el artículo 8 y dejar al directivo en el limbo del denominado “subtítulo I” del Título II no son, precisamente, las mejores referencias para aclarar la situación.

La deducción de que la lógica temporal se impone debemos asumirla desde una interpretación del artículo 14 del EBEP cuando al referirse a los derechos de los empleados públicos indica que únicamente se reconoce la inamovilidad a los funcionarios de carrera. Por el contrario, habrá que entender que fuera de este supuesto (y, desde luego, los directivos están fuera de aquel supuesto) la inamovilidad no está garantizada por la norma básica sino remita bien a la ley de desarrollo del esquema estructural del EBEP bien a las determinaciones de la relación jurídica concreta que asuma la relación de empleo.

Desde nuestra consideración habría que entender, por tanto, que el artículo 13 del EBEP habilita a una regulación que puede determinar el carácter temporal de la relación o, incluso, y, como inmediatamente se analiza, la posibilidad de que éste carácter aparezca condicionado por la evaluación de su actuación.

Finalmente cabe plantearse cuál es la naturaleza jurídica de la relación de empleo de los directivos. Una vez más, nada dice el EBEP sobre el tema de una forma directa aunque sí contiene alguna determinación indirecta conforme a la cual <<... Cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección...>>

De esta manera lo que se indica es que el personal directivo puede ser laboral y, en ese caso, será personal laboral de alta dirección. Nada más se dice sobre la relación de empleo de los directivos.

A partir de ahí habrá que entender que existen diversas posibilidades:

- Que recaiga en un cargo público que esté en el marco de los altos cargos o de elección o designación política. Su condición será de Derecho público y su régimen jurídico se conformará por la adición de las normas que procedan. De esta forma si se trata puestos que tienen la condición titulares de un órgano directivo le resultarán aplicables las normas que regulen el mismo, las que conformar aspectos puntuales de su régimen jurídico

(incompatibilidades, intereses, etc.) y las que regulen la relación de directivos públicos de la correspondiente Administración.

- Que recaiga en un puesto que no tenga la condición de alto cargo o, simplemente, que no esté regulado en las normas de organización política sino que forme parte de la estructura administrativa. En este supuesto la condición será de derecho público o de derecho privado en razón a la naturaleza del órgano en el que se presten los servicios y de la función desarrollada.

Es claro, por tanto, que la condición de directivo, una vez definida como tal, sigue al órgano en el que se inserta y a la función desarrollada y que estos criterios habrá que obtenerlos de la respectiva norma de organización. Podemos, por tanto, indicar que la condición de directivo podrá ser laboral, funcionarial o de empleo en régimen de Derecho Público (Directores Generales si la respectiva norma de organización no los <<atrapa>> para la función pública convencional). Su ubicación en seno de las normas de representación política, en las de función pública y en las de la función directiva (diferenciando, a su vez, dentro de la misma la administración centralizada y la descentralizada) serán las que determinen, interpretadas en su conjunto, cómo y en qué categoría se produce la incorporación del respectivo directivo.

c) Criterios directamente relacionados con el ejercicio de la función directiva.

En los capítulos anteriores ha quedado claro que el puesto de directivo público tiene unas características funcionales específicas que deben quedar acreditados mediante un acto formal de reconocimiento por parte de la respectiva Administración Pública. Para ello el artículo 13 en su apartado 3 indica que <<...3. El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados...>>¹³

De este apartado nos interesa, en primer término, indicar que se establece como obligatoria la evaluación y que la misma se conecta con su responsabilidad por la gestión y el control de objetivos fijados por cada organización.

Es este, sin duda, un elemento que enlaza, en el plano teórico, con la novedad que supuso para la AGE y, en general, de las Administraciones Públicas la determinación que se hace en la LOFAGE en relación con estas materias.¹⁴ Introducir la evaluación de unidades o de

¹³ Guillen Zanón. A y Ramírez Núñez de Prado. E. "Administración por objetivos". Documentación Administrativa. núm. 223. Julio-septiembre 1990

¹⁴ Téngase en cuenta lo que dispone, en este punto, el artículo 3 Ley 6/1997, de 14 abril (RCL 1997\879) en el que señala que <<...La Administración General del Estado se organiza y actúa, con pleno respeto al principio de legalidad, y de acuerdo con los otros principios que a continuación se mencionan:

1. De organización.

a) Jerarquía.

b) Descentralización funcional.

c) Desconcentración funcional y territorial.

d) Economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales.

e) Simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos.

f) Coordinación.

2. De funcionamiento.

a) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados.

personas ha resultado, sin embargo, una labor francamente compleja de la que apenas pueden analizarse ejemplos concretos y reales pese a que se trata de una determinación básica para cualquier esquema de gestión.¹⁵

Su aplicación práctica se ha presentado, como decimos, como dificultosa y compleja tanto por la propia resistencia <<cultural>> del sistema, como por la necesidad de que se articule correctamente para no convertirse en un elemento disfuncional. Las dificultades no son, sin embargo, propias o exclusivas del modelo y de la Administración Española, como nos recuerda Kellt <<... un elemento ausente en el debate sobre la actuación administrativa radica en el supuesto de que los administradores aceptarían la responsabilidad por los resultados sólo si los objetivos pudieran ser definidos con suficiente claridad. Es demasiado simple sugerir que los administradores son seres cobardes que siempre que tuvieran la oportunidad, esquivarían cualquier responsabilidad. Es propio de la naturaleza humana evitar ser culpado por problemas potenciales siempre que sea posible. Los individuos tienen incluso mayores incentivos para eludir sus responsabilidades si no pueden contar con fuertes incentivos para realizar un buen trabajo estadounidenses se han mostrado durante mucho tiempo reticente a recompensar financieramente a los burócratas por sobresalir en el desempeño de sus funciones. Por otro lado, el sistema político, desde el Congreso y los Inspectores gubernamentales hasta la prensa y los ciudadanos, ha sido rápido a la hora de criticar los errores de los gestores públicos. Ante semejante balance entre incentivos y penalizaciones muchos burócratas responsables deciden agachar la cabeza... >>¹⁶

En este sentido es evidente que con todas las dificultades que se quiera es imprescindible fijar un ámbito diferencial de actuación entre los gestores y los políticos. Su confusión es, sin lugar a dudas uno de los elementos que ha creado mayores dificultades al verdadero (y constitucional) funcionamiento del sistema. La fijación de esta línea de diferenciación debe permitir articular de forma diferente el trabajo el control político del trabajo y el control y la responsabilidad de los directivos públicos (no políticos) y del resto de empleados públicos. Sin el establecimiento de esa línea divisoria cuyos límites acabarán siendo en muchos casos puramente convencionales será difícil articular el sistema ya que al final el político será irresponsable en términos políticos porque se confundirá con el gestor y difícilmente podrá hacerse responsable a éste de aquello que no se concreta. Todos apoyarán y contribuirán, como ocurre ahora, a conseguir un objetivo común pero será difícil fijar auténticas y diferenciadas técnicas de responsabilidad.

-
- b) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.
 - c) Programación y desarrollo de objetivos y control de la gestión y de los resultados.
 - d) Responsabilidad por la gestión pública.
 - e) Racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión.
 - f) Servicio efectivo a los ciudadanos.
 - g) Objetividad y transparencia de la actuación administrativa.
 - h) Cooperación y coordinación con las otras Administraciones públicas...>>

¹⁵ Ortega Álvarez. El proceso de modernización administrativa contenido en la LOFAGE. Gestión y Análisis de Políticas Públicas. Núm. 7-9. Septiembre. 1996-abril 1997

¹⁶ Kellt.D. Una reflexión sobre las reformas Clinton de la gestión Pública. Gestión y análisis de Políticas Públicas. Septiembre-Diciembre de 1994.Núm. 1. Pág. 103

En esencia la viabilidad de esta prescripción está fuertemente condicionada por la implantación real del esquema previsto en el apartado anterior, de forma que, primero, han de fijarse los objetivos, individualizarlos para cada organización y estratos de la misma, después habrá de controlarse objetivamente el cumplimiento de los mismos y el corolario final será la exigencia de responsabilidades. Sin estos elementos previos la responsabilidad puede ser o una determinación inaplicable o simplemente un arbitrio injustificable. Sólo se debe ser responsable del cumplimiento de aquello que previamente ha sido asignado. El funcionamiento de las Administraciones Públicas de nuestros días está, en la mayor parte de los casos muy lejos de estas pautas y se configura sobre unas pautas sedentarias y tendencialmente rutinarias en la que se hace lo que hay que hacer pero nadie sabe exactamente cuál es el <<volumen de producción>> (por utilizar términos industriales) exigido y exigible.

Este esquema hace que el funcionamiento sea fuertemente dependiente de las tensiones políticas, que tampoco se objetivan ni siquiera en sede parlamentaria, para conocer y poder seguir el programa político convertido en programa de gestión y periodificado en el tiempo. La falta de control político sobre la gestión pública penetra sobre ésta permitiendo la improvisación, el cambio o, en el peor de los casos, la inexistencia de los programas de gestión que acaban realizándose por la técnica de aluvión y que, claro está, condicionan fuertemente la aplicación de técnicas como la que aquí se analiza.

Fuera de este aspecto el condicionante de la verdadera aplicabilidad del sistema, cabría preguntarse por la naturaleza de la responsabilidad a la que se alude en el apartado en cuestión. En principio podríamos indicar que es necesario establecer un mecanismo de responsabilidad por la gestión que vaya más allá del puramente disciplinario. La responsabilidad por la gestión debe ser un mecanismo de carácter profesional que enfrente al directivo o al empleado público con sus obligaciones en el seno de una organización fruto, claro está, de un sistema de medición que consiste en una evaluación con tintes objetivos y con independencia de que además y por añadidura pueda existir responsabilidad disciplinaria por aquello que no ha hecho o que ha dejado de hacer.

Las medidas reales de exigencia de responsabilidad deberán estar establecidas previamente por norma de rango adecuado, pero deben tener una clara incidencia en la continuidad en la organización o en la propia condición de personal directivo de quienes ostentan tal condición.

En razón de lo anterior podemos indicar que una de las numerosas causas que justifican la necesidad del establecimiento de un régimen legal del directivo público, no es otra que la de establecer un marco de responsabilidad profesional y disciplinaria que independice éstas últimas de las que, hipotéticamente, puedan ser consecuencias de la pérdida de confianza política. Podemos y debemos independizar ambas y establecer un marco que permita exigir la responsabilidad profesional sin conectarla con la política.

En segundo lugar el apartado comentado se refiere a las características centrales de la evaluación que, según indica, debe responder a los criterios de eficacia y eficiencia y al control de resultados.

La introducción de este tipo de técnicas, a las que se han dedicado desde la Ciencia Política, las del Management y, en general, de la organización y la gestión, numerosos esfuerzos para construir una estructura compleja y seria que dé respuesta al funcionamiento de las organizaciones es, sin duda, un elemento novedoso e importante. De aquí que su mera enunciación normativa pueda ser potencialmente un avance en el funcionamiento de las

Administraciones y que por ello se alabase claramente que la LOFAGE los incluyera entre los principios de actuación y funcionamiento de la Administración General del Estado y que estaban llamados a convertir esta norma en un elemento de modernización de las Administraciones Públicas con incidencia real en la gestión pública.¹⁷

Recordemos que, hasta el momento, las Administraciones han utilizado la técnica de los objetivos esencialmente para confeccionar sus presupuestos. Sin embargo, como ya hemos indicado en otra ocasión¹⁸, es tradicional en el funcionamiento de nuestra Administración una fuerte desconexión entre la actividad presupuestaria y la gestora de forma que en, muchos momentos, ambas se ignoran mutuamente - salvo en los límites de gasto - y conviven como si se tratase de realidades perfectamente diferenciados. A este objetivo ha contribuido seriamente el cambio en las técnicas de presupuestación que, una vez priorizados los objetivos <<macro>> y de carácter plurianual, se convierten, cada vez más, en algo ajeno a los intereses de las propias organizaciones y, en muchos supuestos, en una decisión de los órganos centralizados que deben cumplir (o velar porque se cumplan) aquellos.

La dirección por objetivos es, según Berruezo, la sustitución del control externo, de base esencialmente jerárquico, por el autocontrol, en la medida en que se conocen a priori los requerimientos que la organización demanda de cada uno de sus empleados.¹⁹ La cuestión esencial es la determinación y la mensurabilidad de los objetivos, cuestión que hoy en día es algo más que una mera cuestión cuantitativa²⁰. Es lo cierto, como señala Mendoza, que la importancia de los indicadores es más grande de lo presumible ya que pueden cumplir diferentes funciones en el seno de la Administraciones Públicas y de la organización en general. Entre ellas el apoyo a la planificación y a la presupuestación, a la mejora de la gestión y la eficacia, y, en último término, a la evaluación de políticas y programas públicos.²¹

Por esto uno de los elementos esenciales sobre los que gira la LOFAGE y, después, el EBEP en general y en el marco de actuación de los directivos, en particular, es por la incorporación de este tipo de técnicas a la gestión pública desde una consideración general y no limitada a lo estrictamente presupuestario, que no deja de ser - organizativamente hablando - instrumental y parcial respecto de la gestión en su conjunto.

De aquí que, en su momento, se valorara con un carácter muy positivo la introducción de un control de eficacia (de valorarse la AGE sobre los organismos públicos, por ejemplo, o la de los Subsecretarios en el seno de la propia AGE), diferenciado del que con el mismo nombre pero con una perspectiva esencialmente financiera y economicista se implantó, precisamente, en el seno de la legislación presupuestaria y a los efectos de los objetivos que cumple la misma en nuestro Ordenamiento Jurídico.

¹⁷ Echebarria.K y Mendoza X. La especificidad de la gestión pública: el concepto de <<Management pública>>. Documento en línea. <http://www.iadb.org>.

¹⁸ Vid. nuestro Libro, en colaboración con Losada González. H. El procedimiento Administrativo, la gestión presupuestaria y su control. Madrid. 1995.

¹⁹ Berruezo Castillo. J. La Dirección por Objetivos: experiencias de aplicación en las Administraciones Públicas. En la obra colectiva "Hacia una nueva gestión pública", Zaragoza, 1995.

²⁰ Mendoza Mayordomo.J. La metodología ESADE para la elaboración e implantación de indicadores de gestión en los servicios públicos. En la obra colectiva "Hacia una nueva gestión pública", Zaragoza, 1995. Págs. 104-144

²¹ Mendoza Mayordomo. J. La metodología ESADE para la elaboración e implantación de indicadores de gestión en los servicios públicos. En la obra colectiva "Hacia una nueva gestión pública". Zaragoza 1995. Págs. 106-112.

En esta misma línea el establecimiento de técnicas como la programación de los objetivos, el control de cumplimiento y los resultados son elementos esenciales para la gestión pública del futuro sí bien no cabe negar que las Administraciones (y sus estudiosos) deberán realizar un notable esfuerzo para adaptar su funcionamiento a aquellas y por introducirlas con la racionalidad y la adaptación que las hagan útiles.

El control de su cumplimiento con la consiguiente evaluación individual, acompañados por técnicas como la contabilidad de costes debería proporcionar una visión del trabajo público diferente al actual, donde unos y otros discuten sobre la utilidad o la inutilidad del mismo y, por ende, de sus empleados sin base alguna. Si no sabemos (y al día de hoy no lo sabemos en muchas organizaciones), cuál y cuánto es el trabajo que debe realizarse, cómo podemos formular juicios sobre la abundancia de empleados o su ocupación y, por ende, de quienes los dirigen. Estos juicios y las medidas reparadoras de las deficiencias que los mismos pueden conllevar sólo pueden fundarse en la validación de los criterios y objetivos de la Organización. Sin esto cualquier juicio puede ser claramente infundado.

El establecimiento de objetivos y su validación será además un elemento esencial en el control de la actuación pública. El control de la actividad y la gestión pública es, sin duda, uno de los elementos que hay que reconcebir en todas sus fases, tanto la puramente parlamentaria y por ende de contenido político como la puramente gestora tanto en sus aspectos puramente económicos que sí que está más avanzada, y en los de eficacia, que deben ser establecidos de futuro

d) Exclusión de la negociación colectiva.²²

El apartado 4 del artículo 13 establece que <<...4. 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 determinación tiende a convertirse en un clásico. Ya en la normativa y, sobre todo, en la práctica real anterior las condiciones de trabajo del personal directivo tratan de alejarse de la negociación colectiva. En el presente caso se trata de una determinación clara porque está ligada a la capacidad organizativa ya que, como se ha visto, a una decisión previa de considerar que una determinada Administración incluya el tramo directivo dentro de su organización.

La decisión de organización de crear la función directiva profesional como elemento separado y diferencial de la función pública convencional conlleva esta exclusión que, sin embargo, no debe operar cuando tal consideración no tenga el amparo de este precepto.

En este punto debe tenerse en cuenta que el artículo 36.2 del EBEP excluye, con carácter general, de la negociación colectiva el relativo a <<c) La determinación de condiciones de trabajo del personal directivo...>>.

²² Mauri Majós J. Naturaleza y función de la negociación colectiva en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos. Presupuesto y Gasto Público. Núm. 41. Madrid. 2005 y, en, Problemas de representación sindical y negociación colectiva en la función pública: convergencias y divergencias con el empleo privado. Documentación Administrativa. Núm. 241-242. Madrid. 1995

la duda que se suscita aquí es qué ocurre cuando una Administración decide la no implantación del sistema de directivos a que se refiere el artículo 13 pero, materialmente, realiza la función directiva desde el esquema de la función pública convencional.

A nuestro juicio lo que el EBEP quiere es excluir no es la función sino el personal por lo que habrá que entender que la exclusión de la negociación colectiva se corresponde únicamente con el estrato de directivos profesionales reconocidos como tales mediante el ejercicio de la potestad organizatoria y no, por tanto, a quienes desarrollan una función materialmente directiva sin haber sido declarada como tal por la respectiva organización.

No cabe negar que este planteamiento consolida un problema real que existe en el seno de las Administraciones Públicas actuales y que no es otro que el abandono real de los estratos superiores de la Administración Pública en el ámbito de la negociación colectiva convencional. Se trata una cuestión práctica más que teórica puesto que nada impide que la negociación opere con plenitud sobre toda la estructura orgánica pero en la realidad ha hecho que por intereses de la Administración que algunas ocasiones alude a puestos predirectivos como por los de los propios agentes sociales esta sea un franja que habitualmente resulta huérfana de intereses para la negociación colectiva.²³

Pero, en todo caso, esta última consideración se centra en un supuesto que no es el que aquí queremos analizar ya que la función directiva a la que nos queremos referir es la función directiva que se encuentra expresamente admitida en el artículo 13 del EBEP y, por tanto, la que es reconocida como tal por la respectiva organización y la que se somete al régimen jurídico del personal directivo que pueden definir el Gobierno de la Nación o los de las Comunidades Autónomas.

e) El régimen de dedicación de los directivos públicos.

Como venimos apuntando el régimen jurídico total del personal directivo no resultará sencillo en su conformación sino que finalmente será la adición de una serie de normas que inciden bien por razones materiales – estatuto del personal directivo- bien por razones de organización- leyes de gobierno y organización- bien por razones “horizontales”- leyes de incompatibilidades y de conflicto de intereses.

Pues bien el EBEP en el intento de sistematización del régimen jurídico del personal directivo añade una consideración que proyecta desde la Disposición Final tercera del EBEP que contiene una Modificación de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre (RCL 1985, 14; ApNDL 6601), de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas y, en concreto, el apartado 1 del artículo 16, que queda redactado de la siguiente forma: <<...«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

²³ Nos remitimos en este punto a nuestro trabajo “El modelo de negociación y participación en las condiciones de trabajo en la función pública. Revista SEPIN de Derecho Administrativo. núm. 2. Madrid 2009. En el trabajo se analiza la STC de 17 de noviembre de 2008 que otorga el amparo a la denominada Federación de Cuerpos Superiores de la Administración Pública en relación con la participación de esta Asociación Profesional en las elecciones sindicales y que traduce, precisamente, el problema que aquí se plantea y que llevó a la citada Federación a la participación en las elecciones sindicales.

incompatibilidad al retribuido por arancel y al personal directivo, incluido el sujeto a la relación laboral de carácter especial de alta dirección».

Desde esta perspectiva podríamos, por tanto, indicar que existe una prescripción directa para el personal directivo: la condición de directivo conlleva ope legis la incompatibilidad para el desarrollo de una función diferente a la de la propia función directiva. Es evidente que por el ámbito de aplicación de la Ley 53/1984 se está pensando en una parte del estrato directivo: el que se identifica con funcionarios públicos o personal laboral inserto en estratos no políticos. A partir de ahí, habrá que señalar que si la respectiva Administración incluye dentro de la función directiva alguno-os de puestos con aquella condición serán otras leyes las llamadas a la regulación de esta circunstancia.²⁴

En consecuencia podemos indicar que el régimen de dedicación y de incompatibilidades vendrá determinado por la norma de cobertura en función del rango del puesto directivo y la inclusión en el concepto de alto cargo o de empleado público.

3.4.- El directivo en el ámbito local

El personal funcionario de las Entidades Locales aparece dentro de la regulación que se contiene en el EBEP con dos referencias. La primera, en el artículo 2.2 cuando establece el ámbito de aplicación territorial del EBEP e incluye dentro de las Administraciones a las se aplica a <<las Administraciones de las Entidades Locales>>. La segunda, se indica en el artículo 3º en el que se indica que <<...1. El personal funcionario de las Entidades Locales se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, con respeto a la autonomía local...>>.²⁵

Estas menciones, como puede apreciarse, no hacen referencia alguna al personal laboral de lo que se deduce que la voluntad del legislador del EBEP ha sido que en este ámbito no existan diferencias respecto de la regulación que, con carácter general, se establece para este personal. Siendo esto así resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 7 del EBEP cuando señala que <<...el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige por los preceptos de esta Ley que así lo dispongan, por la legislación laboral y por los convenios colectivos aplicables...>>.

²⁴ En este punto, por ejemplo, es la Ley 5/2006, de 10 abril RCL 2006\757 la que regula los <<...los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, y, en concreto, en su artículo 5 establece que <<... Los altos cargos comprendidos en el artículo 3 ejercerán sus funciones con dedicación exclusiva y no podrán compatibilizar su actividad con el desempeño, por sí, o mediante sustitución o apoderamiento, de cualquier otro puesto, cargo, representación, profesión o actividad, sean de carácter público o privado, por cuenta propia o ajena, y, asimismo, tampoco podrán percibir cualquier otra remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas o entidades vinculadas o dependientes de ellas, ni cualquier otra percepción que directa o indirectamente provenga de una actividad privada...>>

²⁵ Con carácter general, Castelao Rodríguez. J. D' Anjou González. Manual de Personal al servicio de las entidades locales. Barcelona. 1993.

Es claro, por tanto que el esquema organizativo es relativamente sencillo: personal funcionario (conforme a un estatuto peculiar) y personal laboral (conforme al estatuto general aplicable a todas las Administraciones Públicas).

En este estado de cosas la cuestión que inmediatamente surge es la intentar aclarar cómo se conforma el estatuto peculiar aplicable al personal funcionario de las Entidades Locales.

Una interpretación literal del artículo 5º del EBEP nos lleva a indicar que la voluntad del legislador es la establecer un conglomerado normativo que, en el citado artículo, no merece para el legislador la necesidad de su priorización. De hecho la simple lectura del precepto transcrito nos indica que la voluntad es la aplicación primaria del EBEP por la sencilla razón de que es esta la norma que se coloca en primer lugar en el esquema de fuentes, pero a continuación remite – sin indicar si lo es con carácter supletorio o concurrente- a la legislación básica del régimen local y a las normas de las Comunidades Autónomas.

A nuestro modo de ver es necesario para formular una exégesis del precepto diferenciar entre las referencias a la legislación básica de régimen local y las leyes de las comunidades Autónomas.

De esta forma mientras el título legislación básica de régimen local deriva del mismo tronco que el del Estatuto de funcionarios y ambos se dictan con el amparo del artículo 149.1.18 de la CE. La posición de las Comunidades Autónomas no se produce en ambos en el plano de la concurrencia normativa sino en el plano del desarrollo secundario tanto en materia de función pública como en materia de régimen local.

En este esquema podemos, por tanto, indicar que la voluntad del legislador es la establecer una coordinación entre las normas que regule el empleo público y la que regule el régimen local. De hecho esto es lo que ocurre (aunque no en el mismo orden aplicativo) en la actualidad cuando el artículo 92 de la Ley de Bases de Régimen Local indica que **<<...los funcionarios al servicio de la Administración Local se rigen, en lo no dispuesto por esta Ley, por la legislación del Estado y de la Comunidades Autónomas, en los términos previstos en el artículo 149.1.18 de la Constitución...>>**²⁶.

De esta forma podemos indicar que la opción del EBEP trastoca el régimen de fuentes haciendo concurrente (cuando no primaria) su aplicación con la del régimen local y habilitando para llenar la regulación con las normas que las Comunidades Autónomas pueden dictar en ejecución de ambos títulos competenciales (función pública y régimen

²⁶ Es cierto que este modelo tiene algunas excepciones. Así, por ejemplo, el artículo 140 del TR indica en referencia a las situaciones administrativas que << dichas situaciones se regularán por la normativa básica estatal y por la legislación de función pública de la respectiva Comunidad Autónoma y, supletoriamente, por la legislación de funcionarios de la Administración del Estado, teniéndose en cuenta las peculiaridades del régimen local...>>. De igual forma, el artículo 144 del TR en relación con las obligaciones de los funcionarios indica que <<...los funcionarios de Administración Local tienen las obligaciones determinadas por la legislación sobre función pública de la correspondiente Comunidad Autónoma y, en todo caso, las previstas en la legislación básica del Estado sobre función pública...>>.

Al lado de estos supuestos de un cierto predominio autonómico en la determinación del contenido regulatorio y obligatorio de los funcionarios públicos se encuentran otros preceptos de predominio de la legislación estatal. Así el artículo 145 del TR indica que << el régimen de incompatibilidades de los funcionarios de la Administración Local es el establecido con carácter general para la función pública en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre y en las normas que dicte el Estado para su aplicación a los funcionarios de la Administración Local...>>. Asimismo el artículo 153 establece que <<...los funcionarios de Administración Local sólo serán remunerados por las Corporaciones respectivas, por los conceptos establecidos en el artículo 23 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto...>>.

local). Esto nos permitiría aludir a una concurrencia normativa en dos planos, el estatal, en el que confluyen la normativa de función pública y la de régimen local entendiéndose que las dudas o los conflictos que puedan surgir se resuelven a favor de la indicada en primer término – frente a lo que ocurre en estos momentos que prima el régimen local sobre el régimen funcional común-; el autonómico, en el que aparecen las normas con el techo de la legislación básica pueden dictar las Comunidades Autónomas en materia de función pública (ex artículos 6 del EBEP) y en materia de régimen local.

La interpretación indicada nos muestra el deseo de dar un giro en la conformación del régimen jurídico del personal funcionario de las entidades Locales **para convertir el EBEP en una norma común de carácter universal que se impone sobre el conjunto** de las Administraciones Territoriales que aparecen en el ámbito de aplicación del mismo. Es cierto que esta opción se hace en una norma básicamente principal y que, por tanto, habilita el establecimiento de un auténtico modelo de función pública local siempre que el mismo se diseñe desde la normativa básica de régimen local. Es decir, algo muy parecido a lo que ocurre en la actualidad donde podemos encontrar un conjunto normativo muy detallado en las normas de régimen local.

De igual manera cabe indicar, eso sí, que el nuevo esquema de fuentes obliga a la reconcepción de ese régimen y a la utilización de los << materiales principiales >> que derivan del EBEP y, claro está, a marginar las referencias aplicativas de primer orden a la normativa de las Comunidades Autónomas que pasan así a un segundo escalón normativo en la configuración de la relación jurídica de los funcionarios locales.

Este esquema se completa en los que se refiere al personal laboral con lo indicado en el artículo 7 del EBEP que implica su aplicación con carácter preeminente sobre cualquier otra norma procedente de las Administraciones Públicas aunque, eso sí, completa su regulación con la integración de la normativa laboral. Podemos, por tanto, indicar que la determinación del régimen público aplicable al personal laboral que preste sus servicios en las Entidades Locales presenta una clara asimetría con el del personal funcionario ya que, en este ámbito, no hay opción a la concurrencia de primer orden (entre la legislación funcional y la legislación de régimen local) ni a la concurrencia de segundo orden (entre los mismos títulos en sede autonómica). La determinación sobre los aspectos de Derecho Público que deben aplicarse al personal laboral en todas las Administraciones Públicas incluidas en el ámbito de aplicación del EBEP corresponde exclusiva y excluyentemente a éste.

Para cerrar este círculo aplicativo es necesario resolver si la atribución al EBEP de este régimen preeminente en lo aplicativo se realiza o no con carácter excluyente de cualquier otra norma dictada por las Administraciones Territoriales. Para resolver esta cuestión será necesario establecer el margen de actuación que el concepto << leyes reguladoras de la función Pública >> – a que se refiere el artículo 6 del EBEP- tiene en relación con la legislación aplicable al personal laboral.

De esta forma si estas leyes reguladoras incluyen preceptos referidos al personal laboral la atribución a la que nos referíamos anteriormente como efectuada por el artículo 7 del EBEP será concurrente en la parte que se refiere a los << actos separables >> del Derecho público aplicables en la respectiva Comunidad Autónoma. Frente a esto las referencias a la legislación laboral substantiva no admiten desarrollo autonómico porque el título competencial de las comunidades Autónomas en este ámbito (el de la legislación laboral) no admite intervención normativa sino únicamente ejecutiva.

Frente a esto podría plantearse como alternativa que al referencia que se hace a las leyes reguladoras solo habilita la actuación legislativa que está permitida por el EBEP y que, como se ha indicado, no lo establece en la conformación del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

A nuestro juicio la interpretación correcta es la primera, esto es, las leyes reguladoras de los respectivos modelos locales podrán desarrollar su propio modelo de régimen de personal laboral con un doble límite: el del EBEP y el de la normativa laboral. A partir de aquí y con el respeto de ambos límites la posición de la normativa autonómica es posible en cuanto opera sobre el régimen de Derecho Público del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas y se ubica directamente en el esquema de ordenación de fuentes a que nos venimos refiriendo como derivado del propio artículo 103.3 de la CE.

Desde una perspectiva de gestión no cabe negar que la regulación del personal local se presenta como ciertamente compleja y dispersa en su conjunto. Es cierto que otras partes del EBEP, especialmente los que se refieren a la estructura organizativa de la negociación colectiva, supone, sin embargo, un amplio margen de ventaja que realmente debe configurar un marco legal diferente al preexistente y que aporte una mejora en las capacidades de gestión y ordenación de los recursos humanos en el ámbito local. En todo caso la diversidad de organizaciones, sus peculiaridades y la propia transformación del régimen prestacional de las entidades locales convierten la necesidad de encontrar un régimen holgado de gestión como una exigencia para el mantenimiento y la actualización de su régimen de personal como una exigencia real.

3.5.- El personal directivo en el esquema indicado.

La complejidad del diseño al que nos acabamos de referir se proyecta indudablemente sobre el régimen de directivos ya que es necesario realizar una lectura conjunta entre los artículos 13 y 3 del EBEP. Conforme al primero, corresponde a la respectiva Comunidad Autónoma establecer el régimen jurídico de los directivos públicos que se aplica a la Administración Local pero si afecta – y como venimos afirmando puede afectar, al régimen del personal funcionario o laboral dicha regulación debe tener en consideración el bloque de “legislación local” y la autonomía local como referente de cierre en la conformación del ejercicio de las propias competencias.

Pues bien, llegados a este punto podemos indicar que, en el momento presente, existen algunas determinaciones sobre funciones directivas en el marco de la legislación local. Nos referimos, claro está, a las que proceden de Ley 57/2003, de 16 diciembre 2003.²⁷ Medidas para la modernización del gobierno local que introduce un denominado Título X en la LBRL que regula los municipios de gran población.²⁸

²⁷ Sánchez Morón. M. Observaciones sobre el régimen de organización de los <<municipios de gran población>>. Justicia Administrativa. Núm. 25 octubre- 2004.

²⁸ El artículo 121 establece el ámbito de aplicación de esta nueva categoría jurídica cuando establece que <<...1. Las normas previstas en este título serán de aplicación:

- a) A los municipios cuya población supere los 250.000 habitantes.
- b) A los municipios capitales de provincia cuya población sea superior a los 175.000 habitantes.
- c) A los municipios que sean capitales de provincia, capitales autonómicas o sedes de las instituciones autonómicas.
- d) Asimismo, a los municipios cuya población supere los 75.000 habitantes, que presenten circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales especiales.

De este esquema nos importa, a los efectos de lo que aquí se indica la regulación que se contiene en el artículo 130 de la misma cuando señala que

<<... 1. Son órganos superiores y directivos municipales los siguientes:

A) Órganos superiores:

a) El Alcalde.

b) Los miembros de la Junta de Gobierno Local.

B) Órganos directivos:

a) Los coordinadores generales de cada área o concejalía.

b) Los directores generales u órganos similares que culminen la organización administrativa dentro de cada una de las grandes áreas o concejalías.

c) El titular del órgano de apoyo a la Junta de Gobierno Local y al concejal-secretario de la misma.

d) El titular de la asesoría jurídica.

e) El Secretario general del Pleno.

f) El interventor general municipal.

g) En su caso, el titular del órgano de gestión tributaria...>>

Este régimen se completa en el párrafo segundo del mismo artículo cuando señala que <<...2. Tendrán también la consideración de órganos directivos, los titulares de los máximos órganos de dirección de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales locales, de conformidad con lo establecido en el artículo 85 bis, párrafo b)...>>.

Desde la perspectiva del régimen jurídico el citado artículo se limita a indicar que <<...3. El nombramiento de los coordinadores generales, y de los directores generales deberá efectuarse entre funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las entidades locales o funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional, a los que se exija para su ingreso el título de doctor, licenciado, ingeniero, arquitecto o equivalente, salvo que el Pleno, al determinar los niveles esenciales de la organización municipal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 123.1 c)²⁹, permita que, en

En los supuestos previstos en los párrafos c) y d), se exigirá que así lo decidan las Asambleas Legislativas correspondientes a iniciativa de los respectivos ayuntamientos

²⁹ El citado precepto establece que <<... c) La aprobación y modificación de los reglamentos de naturaleza orgánica. Tendrán en todo caso naturaleza orgánica:

La regulación del Pleno.

La regulación del Consejo Social de la ciudad.

La regulación de la Comisión Especial de Sugerencias y Reclamaciones.

La regulación de los órganos complementarios y de los procedimientos de participación ciudadana.

La división del municipio en distritos, y la determinación y regulación de los órganos de los distritos y de las competencias de sus órganos representativos y participativos, sin perjuicio de las atribuciones del Alcalde para determinar la organización y las competencias de su administración ejecutiva.

La determinación de los niveles esenciales de la organización municipal, entendiendo por tales las grandes áreas de gobierno, los coordinadores generales, dependientes directamente de los miembros de la Junta de Gobierno Local, con funciones de coordinación de las distintas Direcciones Generales u órganos similares integradas en la misma área de gobierno, y de la gestión

atención a las características específicas del puesto directivo, su titular no reúna dicha condición de funcionario. En este caso los nombramientos habrán de efectuarse motivadamente y de acuerdo con criterios de competencia profesional y experiencia en el desempeño de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada.... >>.

Finalmente el apartado 4 indica que <<...4. Los órganos superiores y directivos quedan sometidos al régimen de incompatibilidades establecido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre (RCL 1985, 14; ApNDL 6601), de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones públicas, y en otras normas estatales o autonómicas que resulten de aplicación...>>. Esta determinación al margen de su papel en el ámbito del régimen jurídico del personal directivo nos sirve para ubicar la opción de la normativa local que, claramente, se sitúa en el ámbito del personal local y no, por tanto, de los cargos de extracción o conformación esencialmente política.

Estas consideraciones que acaban de realizarse nos sitúan en un entorno que podemos definir en la siguiente forma:

- Personal Directivo en las grandes ciudades

La regulación que puede establecerse por las Comunidades Autónomas ex artículo 13 del EBEP debe recoger o admitir que la regulación del personal directivo que proviene de la legislación local.

Este reconocimiento plantea abiertamente el problema de si es posible que la normativa de directivos afecte o derogue – directamente- algunas de las previsiones que provienen de la legislación local y, significadamente, la necesidad o la obligación de que los puestos en cuestión sean cubiertos por funcionarios públicos. A nuestro juicio se trata de una cuestión ciertamente compleja porque el “bloque local” difícilmente puede entenderse afectado por la deslegalización en razón a que, como se ha dicho, el artículo 3 del EBEP no prevé jerarquía entre las fuentes que se sitúan en el mismo dentro de un mismo plano de concurrencia aplicativa.

Esta concurrencia aplicativa determina que la deslegalización efectuada por el EBEP no pueda tener una trascendencia invalidatoria de las prescripciones locales por lo que realmente y si el desarrollo del esquema directivo de cada comunidad Autónoma se hace mediante norma reglamentaria es realmente difícil entender que tenga una virtualidad derogatoria de las determinaciones específicas que contienen las leyes de régimen local.

- Personal directivo en las Administraciones locales que no tengan la condición de grandes ciudades.

Aquí las cuestiones son más sencillas porque el régimen local tiene “abandonado” el terreno y remitido, por tanto, a la legislación de función pública. Esta remisión determina que debiera aplicarse sin cortapisas la legislación del empleo público del que, en este caso, es relevante el artículo 13 del EBEP al que nos venimos refiriendo. Es claro, por tanto, que la norma estatutaria de las Comunidades Autónomas sea la que fije el régimen jurídico de este

de los servicios comunes de éstas u otras funciones análogas y las Direcciones Generales u órganos similares que culminen la organización administrativa, sin perjuicio de las atribuciones del Alcalde para determinar el número de cada uno de tales órganos y establecer niveles complementarios inferiores.

La regulación del órgano para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas....>>

personal directivo conforme a los principios y determinaciones que se contienen, por un lado, en el propio artículo 13 y a las que ya nos hemos referido, y, por otro, al respeto a la autonomía local que consagra el artículo 3 del EBEP y que funciona como cláusula de cierre aplicativa para la fijación de las condiciones de aplicación del régimen del empleo público al ámbito local.

3.6.- Grandes ciudades específicas.

Más allá de la reflexión general sobre las grandes ciudades al que nos acabamos de referir cabe indicar que existen, al menos, dos regímenes específicos para las dos grandes ciudades de mayor relevancia en relación con su población, competencias y la propia relevancia social. Nos referimos, claro está, a Madrid y a Barcelona.

A.- Madrid

La regulación se contiene en la Ley 22/2006, de 4 de julio, Ley de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid. En concreto, el artículo 18 de la misma se refiere al Estatuto de los titulares y miembros de los órganos ejecutivos de dirección política y administrativa.

En concreto, el precepto señala que <<...1. Sin perjuicio de los requisitos específicos previstos para cada caso, para ser titular o miembro de un órgano ejecutivo de dirección política y administrativa se requiere en todo caso, ser mayor de edad, disfrutar de los derechos de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales y no estar inhabilitado para ejercer empleo o cargo público por sentencia judicial firme.

2. Los titulares o miembros de órganos ejecutivos de gobierno quedan sometidos al régimen de incompatibilidades establecido para los concejales en la legislación de régimen local y en la presente Ley...>>

Esta determinación se completa en el artículo 21 con la referencia a los órganos directivos en la que se señala que <<...1. La Junta de gobierno, en el marco de lo que se disponga en el correspondiente Reglamento orgánico, podrá crear órganos directivos en el ámbito de la Administración del Ayuntamiento de Madrid.2. Los titulares de los órganos directivos serán nombrados **atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia**, sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley y de acuerdo con lo que se determine, en su caso, en el correspondiente Reglamento orgánico....>>³⁰

B) Barcelona

³⁰ El régimen jurídico se completa con las siguientes indicaciones <<...3. Corresponde a los órganos directivos desarrollar y ejecutar los planes de actuación y decisiones adoptadas por los órganos ejecutivos de dirección política y administrativa competentes. En particular, les corresponde 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, sin perjuicio de las funciones específicas que se les deleguen o se les atribuyan como propias

4. Los titulares de los órganos directivos quedan sometidos al régimen de incompatibilidades establecido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre (RCL 1985, 14; ApNDL 6601), de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y en otras normas estatales o autonómicas que resulten de aplicación...>>

Es la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, que aprueba la Ley de Carta Municipal de Barcelona la que establece en el artículo 52 la composición del personal del Ayuntamiento en la siguiente forma:

<<...1. Integran el personal del Ayuntamiento:

- a) Los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos.
- b) Los contratados laborales.
- c) El personal eventual, nombrado para desarrollar puestos de confianza o asesoramiento especial, así como el personal eventual de alta dirección que reúna las correspondientes aptitudes profesionales...>>

Este régimen jurídico se completa en los apartados 2 y 3 con las siguientes indicaciones:

<<...2. El nombramiento y cese del personal eventual corresponden al alcalde o alcaldesa, el cual debe dar cuenta de los mismos al Consejo Municipal.

3. Los ciudadanos de los estados miembros de la Unión Europea, como consecuencia de la libre circulación de trabajadores, pueden participar en las convocatorias para cubrir las vacantes existentes que no impliquen el ejercicio de potestades públicas o responsabilidad en el cuidado de los intereses locales. El Ayuntamiento debe determinar por reglamento estos supuestos...>>

En línea con lo que anteriormente hemos propuesto como régimen común y con la remisión al Reglamento Interno de la entidad como elemento central de la determinación del número y la propia posibilidad del personal eventual. En esta misma línea, el artículo 53 de la Ley de 1998 señala que <<...1. El Reglamento orgánico debe establecer el número, denominación, funciones y régimen de los puestos de trabajo ocupados por personal de alta dirección.2. Cuando los puestos de trabajo de alta dirección sean ocupados por funcionarios, éstos mantienen la situación administrativa de servicio activo, o pasan a la de servicios especiales, según corresponda en cada caso, de acuerdo con lo que establezca el reglamento que desarrolle la presente Carta...>>.

4.- A modo de conclusión

Realmente las conclusiones en este punto son ciertamente claras y, en gran medida, tributarias de la propia concepción de la LRSL que, como venimos repitiendo, se ubica más en una concepción puramente económica en lo que se refiere a los aspectos organizativos y de personal.

Desde esta perspectiva los elementos más claros pasan, por la reducción del número de personal eventual y de la ubicación del mismo en las áreas de servicios generales salvo que el propio ayuntamiento en su Reglamento de Régimen Interior tenga otras previsiones.

Pero, realmente, la norma no ha resuelto ninguno de los problemas existentes en esta materia y únicamente lo que hace es reducir el problema porque se reduce el número.

La doble funcionalidad del personal eventual, situado, por un lado, en el asesoramiento y la confianza política y no administrativa y, por otro, en una sedicente función directiva ha



resultado “redimensionada” pero no eliminada y, por tanto, nos permite indicar que subsisten los problemas centrales que se han puesto de manifiesto en este trabajo.

En este sentido, sería preciso determinar si la figura y la utilidad del personal laboral deben mantenerse o reconvertirse en un gasto o de las estructuras políticas y de las institucionales.

Y, finalmente, es preciso resolver la estructuración y la funcionalidad de los directivos públicos. El EBEP contenía las líneas generales de un modelo que, ciertamente, podrían haber solventado las dificultades centrales del modelo. Es cierto, sin embargo, que la falta de impulso del EBEP en el ámbito estatal y en el conjunto de operadores llamados al desarrollo han propiciado que algunos de los defectos más perversos de la situación previa se hayan mantenido sin apenas crítica directa de la situación.

Desde nuestra perspectiva las Administraciones tienen que resolver el problema del modelo de la función directiva y, sobre todo, el ajuste de la misma a los principios constitucionales del empleo público como son los de mérito y capacidad. El nombramiento de eventuales sin sujeción al principio de mérito y capacidad para una función que está reservada a la función administrativa – aunque sea la función administrativa directiva- supone una disfuncionalidad que condiciona el modelo en su conjunto.