

EL PERSONAL DIRECTIVO PROFESIONAL A LA LUZ DE LA LEY 7/2014: DE LA PROFESIONALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN DIRECTIVA A LA DESFUNCIONARIZACIÓN DE LOS ALTOS CARGOS

1. Con el propósito de llevar a cabo los análisis precisos para elaborar un documento que sirviera de base para la posterior redacción del *Estatuto Básico del Empleado Público*, se constituyó por Orden del Ministerio de Administraciones Públicas de 16 de septiembre de 2004 la Comisión para su estudio y preparación¹. Apartándose del decaído Proyecto de 1999² que, desde otra perspectiva, había amagado ya una cierta institucionalización de la *función directiva*³, parece innegable que

¹ORDEN APU/3018/2004, de 16 de septiembre, por la que se constituye la comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público. BOE de 21 de septiembre:

<http://www.boe.es/boe/dias/2004/09/21/pdfs/A31644-31644.pdf>

Como establecía la orden ministerial, la Comisión siguió en sus trabajos un esquema participativo y tuvo la oportunidad de conocer la opinión de los representantes de las Comunidades Autónomas, de la Administración Local, de las organizaciones sindicales y de otras organizaciones portadoras de intereses profesionales, sociales o económicos relacionados con el empleo público, además de la de distintos Departamentos y Entidades de la Administración General del Estado y del sector público estatal y de otros expertos. Una vez conocidas todas las opiniones, se expuso en el Informe un análisis de la situación del empleo público, de sus valores y aspectos positivos y de sus problemas y deficiencias. Conforme a la Orden de creación de la Comisión, se formularon, a modo de propuestas o sugerencias, las alternativas normativas que se consideraban más idóneas para la elaboración de un borrador del futuro Estatuto Básico. El Informe de la Comisión de expertos fue la base para la elaboración del anteproyecto de ley para ser consensuado con las organizaciones con intereses profesionales y sociales relacionados con el empleo público, principalmente los sindicatos. El proyecto de Ley del Estatuto del Empleado Público fue aprobado finalmente y remitido a las Cortes Generales para su tramitación y aprobación como Ley. El Congreso aprobó definitivamente el texto el día 29 de marzo de 2007 publicándolo el Boletín Oficial de las Cortes Generales el día 9 de abril de 2007. Finalmente, el día 13 de abril, el Boletín Oficial del Estado publicó la Ley, que entró en vigor el día 13 de mayo de 2007.

El informe puede consultarse en:

http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/areas/funcion_publica/estatutobasico/estatuto_funcion_publica/proceso/parrafo/0/Informe-de-la-comision-de-expe.pdf

² Más remoto es el antecedente constituido por la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964. El artículo 23.3 de su texto articulado, Decreto 315/1964 de 7 de febrero, reservaba ya las *plazas de mayor responsabilidad* del nuevo Cuerpo Técnico de Administración Civil que previamente se clasificaran como tales a los funcionarios que, perteneciendo al mismo ostentaran el *diploma de directivos*:

“(…) 3. Los funcionarios del Cuerpo Técnico de Administración Civil realizarán las funciones de gestión, estudio y propuesta de carácter administrativo de nivel superior. Deberán poseer título de enseñanza superior universitaria o técnica. Las plazas de mayor responsabilidad de este Cuerpo que previamente se clasifiquen como tales se reservarán a funcionarios del mismo que ostenten diploma de directivos. La obtención del diploma determinará una consideración adecuada de estos funcionarios a efectos de remuneración.”

³ Nos estamos refiriendo al Proyecto de Ley Reguladora del Estatuto Básico de la Función Pública que, bajo la rúbrica de *principios*, dedicaba su artículo 35 a la *función directiva*, que no al *personal directivo* en sentido estricto, al ser en realidad éste acreedor de la condición directiva del órgano, ostentara o no su titular la condición de alto cargo:

Artículo 35.- Principios.

1. La función directiva profesional de las Administraciones Públicas se ejerce por los titulares de los órganos de tal naturaleza.

Son órganos directivos los que, designados como tales, desarrollan y ejecutan los planes de actuación de la organización establecidos por cada Administración Pública.

2. Los titulares de los órganos directivos están sometidos al control y evaluación de la gestión desarrollada y sujetos a responsabilidad por dicha gestión ante el órgano superior o directivo competente.

3. Los titulares de los órganos directivos se nombran entre los funcionarios del Grupo Primero que cumplan los requisitos que cada Administración Pública establezca, atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia.

4. Las Administraciones Públicas establecerán los puestos directivos de rango igual o superior a Director General que podrán ser provistos también por quienes no tengan la condición de funcionarios, respetándose siempre los criterios de competencia profesional y experiencia.

el Gobierno quiso adelantar ya con la denominación del grupo de expertos su propósito de superar las limitaciones inherentes al prisma de nuestro tradicional sistema *de Función Pública* al tomar como referencia el del *empleo público*, deducido a partir del nuevo y más amplio concepto de *empleado* que, entre otras virtudes no tan encomiables, presentaba la de trascender a aquel tradicional ámbito⁴.

5. El procedimiento de provisión de puestos directivos, régimen de permanencia y cese se establecerá por cada Administración Pública en norma con rango de Ley.

La tramitación de la iniciativa puede consultarse en:

http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLIST&BASE=IW16&PIECE=IW16&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLUS.fmt&DOCS=1-1&QUERY=%28I%29.ACIN1.+%26+%28ESTATUTO+BASICO%29.ALL

Esta regulación se justificaba de este modo en su Exposición de Motivos: “El Estatuto avanza en el camino de la profesionalización de la Función Pública directiva ya emprendido por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. El Estatuto regula por primera vez en nuestro país la función directiva en las Administraciones Públicas, cuyos titulares estarán sujetos a responsabilidad profesional, personal y directa por la gestión desarrollada y sujetos a control y evaluación de dicha gestión por el órgano superior competente.” El citado proyecto, fue presentado el 30 de junio de 1999 tras haber sido favorablemente dictaminado por el Consejo de Estado (1489/1998 de 4 de junio de 1998) que, como pone de manifiesto el siguiente pasaje, valoró en términos favorables la regulación de la función directiva contenida en el Capítulo IX del anteproyecto: “Tal novedad por sí sola merece ya un reconocimiento positivo, no obstante su parquedad y lindes poco definidos. Resulta evidente que la complejidad y dimensión de las Administraciones Públicas requiere hoy para su gestión eficiente directivos profesionales. La conciencia de tal necesidad ha llevado precisamente a las Administraciones de los países del entorno europeo a dedicar en sus programas de modernización una especial atención al estrato directivo o alta función pública (iniciativa “*Next Steps*” en el Reino Unido, reforma de la “*dirigenza*” en Italia...). La regulación proyectada no opta por un modelo o sistema cerrado de función pública directiva ejercida en exclusiva por funcionarios de carrera sino que se muestra abierto a la procedencia externa de los directivos. Tal posibilidad hace que esta regulación exceda de las bases del régimen estatutario de “los funcionarios públicos”, si bien tiene sentido su inclusión sistemática en el concepto más amplio de Estatuto de “la Función Pública” (aunque no se califica expresamente de “pública” la función directiva profesional). Se sientan así los principios básicos y mínimos de un sistema mixto de función directiva cuyo desarrollo se confía a las Leyes correspondientes para cada Administración Pública. El ánimo de no condicionar en demasía la configuración autónoma de la función directiva en cada Administración, para respetar sus respectivas capacidades autoorganizativas, hace que el único artículo integrante del Capítulo de referencia no profundice en aspectos relevantes. Entre ellos estarían la configuración de una carrera funcional directiva (a la que únicamente cabría aplicar lo previsto en los artículos 35.3 in fine y 39.4) -y que podría ser un factor atractivo hacia el empleo público-, la posibilidad de reservar a determinado Grupo o Cuerpos y Escalas el acceso a la función directiva o la determinación de niveles de profesionalización necesaria. (...) En cuanto a la regulación concreta de la cuestión se observa de inmediato la concepción orgánica más que material de la función directiva profesional y su inspiración -también terminológica- en la Ley 6/1997, de 14 de abril (LOFAGE), sin perjuicio de la remisión a las correspondientes Leyes de organización y funcionamiento de cada Administración Pública.” El Dictamen completo del Consejo de Estado puede consultarse en:

<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-1998-1489>

Ya en sede parlamentaria el entonces Ministro de Administraciones Públicas, Acebes Paniagua, dedicó a la cuestión directiva las siguientes palabras en el debate de totalidad de la iniciativa: “La regulación de una función directiva profesional ha sido otro de los *leif motiv* a los que el estatuto da contestación. La función directiva, separada de la política, se contempla de una forma suficientemente abierta como para permitir que cada administración la organice de la manera que mejor se adecue a sus estructuras organizativas y a sus peculiaridades de Función Pública”. Nótese en todo caso que era la *función directiva* lo que se regulaba y no el *personal directivo* como una clase de empleado público. En su comparecencia del 28 de junio de 2005 ante el Congreso de los Diputados para informar, a petición propia, sobre las líneas básicas del Anteproyecto del Estatuto Básico del Empleado Público el entonces Ministro de Administraciones Públicas (Sr. Sevilla Segura) se refirió también al anterior proyecto: “El tratamiento del personal directivo constituye otra diferencia entre ambos documentos. Mientras que el proyecto anterior incluía ya la figura de la función directiva pero no la definía claramente, el presente anteproyecto viene a subsanar esta deficiencia dándole contenido a esa nueva función y dejando un amplio margen de maniobra en su regulación a las comunidades autónomas, a quienes corresponde hacerlo, vuelvo a recordarlo, dentro de sus potestades de autoorganización.” (D.S. Congreso de los Diputados, Comisiones, núm. 323, de 28/06/2005).

4 “A la vista de esta situación y de la evolución que ha experimentado, en la realidad administrativa y en sus manifestaciones jurídicas, la Comisión estima que es necesario abordar sin dilación la redacción y aprobación de un Estatuto Básico del Empleado Público cuyo ámbito subjetivo de aplicación se extienda, en principio, a todos cuantos presten sus servicios profesionales en las Administraciones Públicas o en cualquier organismo o entidad de ellas dependientes, tanto si tienen la condición de funcionarios públicos como si son empleados con contrato laboral. Un Estatuto que comprenda, en suma, todas aquellas reglas y principios de aplicación común a todos ellos, que son ya muchos, sin perjuicio de las normas que convenga establecer de forma diferenciada para uno u otro colectivo y, dentro de cada uno de ellos, para grupos, sectores, categorías o áreas determinadas del empleo público.” (pags. 23 y 24 del Informe de la Comisión de Expertos).

2. Eran cuatro las clases en que el grupo de expertos desgranó el nuevo concepto en el informe que, siete meses más tarde, acabaría trasladando al Gobierno⁵: Además del personal funcionario, eventual y laboral, discutiblemente equiparados ahora⁶, la Comisión insistió en la conveniencia de *poner en manos* de las distintas Administraciones la *posibilidad* de dotar de un régimen jurídico diferenciado a quienes, en el seno de ellas, venían desempeñando ya funciones directivas, tomando como referencia⁷ la experiencia que para los países anglosajones había supuesto el *Senior Civil Service* o, en el peor de los casos, la accidentada apuesta laboralizadora que constituye la *dirigenza* italiana⁸. Un

5 El personal directivo fue propuesto por la Comisión de Expertos como una *cuarta clase de personal*, distinto por tanto del personal funcionario, laboral y eventual: “En virtud de lo expuesto, la Comisión propone que el Estatuto Básico del Empleo Público diferencie cuatro clases de personal: (...) d) Personal directivo.” “La regulación de un estatuto del directivo público, como una “clase de personal” al servicio de las Administraciones Públicas diferenciado de otras, resulta, por tanto, altamente conveniente, por no decir imprescindible. Esta regulación debería abordar el acceso a este grupo profesional que, a juicio de la Comisión, no debe constituir en ningún caso un nuevo “cuerpo” de funcionarios, sino una estructura más flexible, pero en todo caso separada de la dirección propiamente política y del personal eventual.” (pag. 68 del Informe de la Comisión de Expertos). Como una cuarta clase de empleado público o, para ser exactos, como una cuarta clase de *trabajador público* fue anunciado también por el Ministro de Administraciones Públicas (Sevilla Segura) en su comparecencia a petición propia ante la Comisión de Administraciones Públicas para informar sobre el informe de la Comisión de Expertos: “El estatuto tiene que incorporar y definir -estamos hablando del equivalente al Estatuto de los Trabajadores, pero llevado a los trabajadores del sector público- las cuatro grandes categorías o clases de trabajadores públicos: hay que definir los directivos, hay que establecer bien la categoría de personal directivo de las administraciones públicas, con todos los matices que se quiera.” DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS Núm. 323. Sesión núm. 12 celebrada el miércoles, 28 de junio de 2005.

⁶ El Tribunal Constitucional, en su ya clásica Sentencia 99/1987, de 11 de junio (RTC 1987\99) afirmó que la Constitución Española otorga preferencia a la relación estatutaria en el empleo público “con carácter general”, lo que sin excluir la existencia de personal laboral dista de dar pie tanto a su equiparación institucional con el personal funcionario como a la improvisación de categorías jurídicas ajenas a ambos. Es por ello que casa mal con la preferencia funcional que subyace en el artículo 103.3 la simple reserva de funciones por la que opta en el artículo 9.2 EBEP. Una reserva además incongruente con la concepción como una cuarta clase de empleado del personal directivo pues si hay unas funciones que el TJUE ha considerado inmersas en el ejercicio del poder público y en la salvaguarda de los intereses generales por referencia a las cuales se ha delimitado el ámbito reservado al personal funcionario son precisamente las funciones directivas. Como recuerda el Dictamen 218/02 del Consejo Consultivo de la Región de Murcia cuando hablamos de la participación en el ejercicio del poder público “nos situamos en la denominada función pública superior, cúspide de la jerarquía administrativa, de tal forma que, conforme se vaya descendiendo en la misma, el ejercicio de poder o autoridad públicos se irá difuminando. Es precisamente en esta alta función pública donde la organización administrativa se personifica por y a través del empleado público, por lo que éste en definitiva ejerce las potestades del órgano.” Desde este punto de vista lo mismo la desfuncionarización que la laboralización de las funciones directivas devenía y deviene inviable a la luz de la reserva que, en favor del personal funcionario, realiza no el derecho comunitario sino el propio artículo 9.2 del Estatuto Básico tratándose de funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público, sin más excepciones –entendemos– que las de carácter puramente gerencial propias del subsector empresarial o fundacional de las Administraciones Públicas, en su caso, de las atribuidas a los altos cargos, una vez reducido el concepto de personal directivo al del personal laboral y funcionario.

⁷ “Entre nosotros y a diferencia de otras legislaciones extranjeras que cuentan con una regulación específica de este grupo profesional (*senior civil service*, *dirigenza*, etc.), no ha existido hasta ahora un régimen o estatuto propio para la misma. Eso no quiere decir que no existan directivos públicos, es decir profesionales con la cualificación requerida que ejercen esta actividad gerencial. No sólo existen, por fortuna, sino que la legislación estatal más reciente, desde la LOFAGE en 1997 hasta la Ley 57/2003, de Modernización del Gobierno Local, ha pretendido abrir un cierto ámbito propio al grupo directivo, reservando ciertos cargos o puestos, así denominados, a profesionales que proceden de la función superior o, excepcionalmente, del sector privado, reclutados en atención a “criterios de competencia profesional y experiencia”. Aunque el establecimiento de tales criterios no ha venido acompañado, hasta ahora, de elementos objetivos de comprobación.” (Página 66 del Informe de la Comisión de Expertos).

⁸ Como advierten Stefano Battini y Benedetto Cimino “dos son (...) las principales directrices de reforma que incidieron sobre la nueva “regulación” de la función pública directiva introducida en el año 1993 (Decreto Legislativo 29/1993): la distinción entre política y administración, por un lado, y la privatización de la relación de trabajo del personal administrativo, por otro” (La Función Pública directiva italiana entre la privatización y la politización. La Función Pública directiva en Francia, Italia y España. INAP 2007). Como advierten ambos autores “en el sector privado, de hecho, lo que distingue la posición del directivo es precisamente la precariedad. El directivo es el alter ego del empresario y debe gozar de su confianza. Por

régimen jurídico caracterizado por la concepción profesional y despolitizada de su acceso, desempeño y cese y al que, de los *altos cargos*, solo los calificados como *de naturaleza política*, iban a permanecer ajenos⁹. La transversalidad inherente a esta *desalambrada* concepción material del personal directivo, determinaba que su regulación se proyectara en dos direcciones cuyos respectivos ámbitos, ya normativamente ocupados¹⁰, dotaban al proceso de

esto, la normativa privada consiente al empresario despedir al dirigente “ad nutum” sin deber de demostrar, como ocurre con los otros trabajadores, la existencia de una justa causa o de un motivo justificado. Pero si estos principios se aplican a la relación entre política y administración ello no puede tener como resultado una más clara distinción entre las dos esferas. Si el directivo público se convierte en precario como el dirigente privado, sufriría el principio de imparcialidad administrativa, que en el sector privado no tiene ninguna relevancia.” Precisamente para salvar esta objeción el personal directivo se escindió en dos clases salvando del proceso de laboralización a los más altos cargos. Lo anterior no impidió sin embargo el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad por entender que la anterior privatización del nivel directivo inferior pudiera resultar inasumible a la luz del principio de imparcialidad administrativa y si bien es cierto que la Corte Constitucional acabaría por rechazarla (313/1996) no lo es menos que lo hizo sobre la premisa de que la privatización no conllevaba necesariamente la libre revocabilidad de los nombramientos. Especialmente interesantes son las sentencias 103 y 104/2007 en las que la Corte Constitucional viene a reconocer la colisión de la confianza política con al menos tres valores constitucionales: Con el principio de imparcialidad que trata de “asegurar a los funcionarios algunas garantías para sustraerles a la influencia de los partidos políticos. Con el de eficiencia y buen funcionamiento que requiere continuidad y evaluación de resultados. Finalmente, la libre revocabilidad podría quebrar también el principio de procedimiento justo o *due process*, que viene a imponer la contradicción en cualquier procedimiento de remoción de puesto y exigir la motivación de la decisión de cese. Sentado lo anterior la Corte Constitucional acabó admitiendo la constitucionalidad del *spoils system* pero solo en tanto que referido a los más elevados cargos pero sin acabar de precisarlos más allá de su identificación con los *directos colaboradores del órgano político*.

⁹ “Una regulación semejante presupone la atribución legal de ciertas funciones, cargos o puestos de trabajo, competencias y responsabilidades propias al personal directivo, que, lógicamente, no pueden ser las mismas en todos los casos y en todas las Administraciones. Las leyes, pues, deberían determinar esas competencias, *diferenciándolas de las que corresponden a los altos cargos de naturaleza política* y a los funcionarios de carrera de los niveles superiores.” (pag. 66 del informe). Que la nueva clase de empleado no estaba llamada a tomar como refractaria la posible condición de alto cargo del directivo se puso de nuevo de manifiesto en la comparecencia del Ministro de Administraciones Públicas ante el Congreso de los Diputados para informar, a petición propia, sobre las líneas básicas del Anteproyecto del Estatuto Básico del Empleado Público, en la que expresamente se refirió, junto a los subdirectores, a los directores generales, cuya condición de alto cargo resulta indiscutible: “Es un dicho muy común aquello de que la Administración la mantienen los subdirectores. Pues si es verdad, digámoselo; digámosle que efectivamente, los subdirectores, los directores, son una pieza esencial del entramado de la Función pública y reconozcámosle alguna ventaja, alguna virtualidad, algo que permita que ese personal directivo, profesional, independiente, seleccionado con criterios constitucionales, pueda desempeñar su trabajo con un reconocimiento quizá todavía mayor que el que tiene en este momento” (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 29 de marzo de 2006). Esta distinción se advertía también en cierta forma en el Proyecto de 2007 en cuyo artículo 2 se concebían dos tipos de puestos directivos:

- Los directivos profesionales *de máxima responsabilidad*: Secretarios Generales Técnicos, Directores Generales y asimilados, cuyo nombramiento compete al Consejo de Ministros, al Consejo rector en el caso de las agencias o al Patronato en el caso de las Fundaciones Públicas.

- El resto denominados *directivos profesionales* y cuyo nombramiento compete a otros órganos.

Paralelamente, la anterior dicotomía se trasladaba a los supuestos de cese pues, así como el cese del personal directivo profesional de máxima responsabilidad se concebía como discrecional, el del resto del personal directivo podía producirse por vencimiento del plazo de nombramiento, por causas disciplinarias, por renuncia, por el insuficiente cumplimiento de los objetivos fijados en el Plan de Acción o por dificultades de integración en el equipo directivo (artículo 7).

¹⁰ “Pero, en ausencia de una normativa específica, las Administraciones Públicas han de acogerse, para nombrar y definir las condiciones de trabajo de sus directivos, a la propia del personal eventual, al contrato de alta dirección o, tratándose de funcionarios, a la situación de servicios especiales o a la de servicio activo, si acaso con algunas peculiaridades en materia retributiva y de incompatibilidades, tal como se ha dicho ya” (pag. 66 del Informe). Un ámbito normativamente ocupado por tanto, no solo por el régimen estatutario de los funcionarios públicos y por la legislación laboral sino, y aquí ha residido siempre uno de los principales problemas, por las leyes de organización de cada Administración Pública que si bien pueden ser consideradas un precedente de la profesionalización pretendida lo son también del *descuelgue competencial* que conllevaba su enfoque desde el estricto ámbito del *empleo público*. Un enfoque funcional que choca con la perspectiva estrictamente orgánica del Proyecto Estatuto de la Dirección Pública Profesional de Catalunya que, curiosamente, interpreta en clave puramente orgánica el críptico artículo 13 EBEP: “En consecuencia, tal y como oportunamente evita hacer el EBEP, no estamos definiendo una clase de personal al servicio de las administraciones públicas, sino configurando una categoría orgánica, con características específicas, inherente y necesaria en cualquier organización compleja que hasta ahora y en el ámbito de nuestras administraciones, no ha dispuesto de un marco de comportamiento reglado. Estamos pensando en una regulación de la dpp que no ha de implicar la irrupción de nuevos puestos de trabajo de personal

profesionalización de un alcance que, a la vez que rebasaba el mismo régimen estatutario en que se amparaba¹¹, lo reducía pues, del mismo modo que posibilitaba la profesionalización de los altos cargos¹² conllevaba la desfuncionarización de los que no lo eran, apartándose de este modo del proceso (de funcionarización) con que se había venido saldando aquélla (la profesionalización) en el ámbito de la Administración General del Estado desde la Ley 6/1997, de 14 de abril, reguladora de su Organización y Funcionamiento o, desde la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, la de los órganos directivos de los municipios de gran población¹³. Un apartamiento que vuelve a poner de

funcionario o laboral en las administraciones públicas, sino la reconversión de puestos de carácter orgánico que ya existen”.

¹¹ La deliberada voluntad de trascender a los dos títulos competenciales habilitantes (bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos y legislación laboral) hacía que la propuesta fuera tan ambiciosa como discutible en su alcance. En este sentido es expresiva la memoria del Proyecto del Estatuto de la Dirección Pública Profesional de Catalunya, que aprovecha la oscuridad del artículo 13 EBEP para reinterpretarlo en clave exclusivamente organizativa: “En julio de 2006 se aprobó el Estatuto de autonomía de Catalunya que, a pesar de los pronunciamientos judiciales, fija un marco de competencias en materia de régimen jurídico de las administraciones públicas catalanas como nunca habíamos tenido. En abril de 2007 se aprobó la Ley 7/2007, del Estatuto básico del empleado público (EBEP) que, a pesar del dudoso título *habilitante*, contiene unas previsiones en materia de dirección pública que dejan un amplio margen de maniobra para regular su desarrollo.”

¹² Así lo atestigua, tanto la expresa referencia a la situación de servicios especiales en el informe de la Comisión de Expertos, como la expresa mención del Ministro de Administraciones Públicas a los directores generales en su previa comparecencia ante el Congreso: “Es un dicho muy común aquello de que la Administración la mantienen los subdirectores. Pues si es verdad, digámoselo; digámosle que efectivamente, los subdirectores, los directores, son una pieza esencial del entramado de la Función pública y reconozcámosle alguna ventaja, alguna virtualidad, algo que permita que ese personal directivo, profesional, independiente, seleccionado con criterios constitucionales, pueda desempeñar su trabajo con un reconocimiento quizá todavía mayor que el que tiene en este momento. Y junto a eso, evitemos cualquier posibilidad, en la medida en que podamos, de esos abusos o falta de control que S.S. señala que en algunos casos se han producido o se pueden producir.” (Comparecencia del señor ministro de Administraciones Públicas (Sevilla Segura) para informar sobre las líneas básicas del anteproyecto del estatuto básico del empleado público. DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS Núm. 539. Sesión núm. 21 celebrada el miércoles, 29 de marzo de 2006).

¹³ El informe de la Comisión de Expertos se remite expresamente como antecedente (pag. 66) a la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, cuya Exposición de Motivos, sin embargo, asimila el principio de profesionalización con la preferencia funcionarial: “Como garantía de objetividad en el servicio a los intereses generales, la Ley consagra el principio de profesionalización de la Administración General del Estado, en cuya virtud los Subsecretarios y Secretarios generales técnicos, en todo caso, y los Directores generales, con carácter general, son altos cargos con responsabilidad directiva y habrán de nombrarse entre funcionarios para los que se exija titulación superior. Además, a los Subdirectores generales, órganos en los que comienza el nivel directivo de la Administración General del Estado, también la Ley les dispensa un tratamiento especial para subrayar su importancia en la estructura administrativa.” Así pues, en el ámbito de la AGE la LOFAGE apostó de forma clara por la profesionalización mediante la funcionarización de la mayoría de sus órganos directivos pues, de entre ellos, solo las Secretarías Generales quedaban incondicionadamente abiertas a ocupantes carentes de la condición de funcionarios de cuerpos superiores y, aun en este caso, los nombramientos debían asirse a criterios técnicos ya que la confianza inherente a este tipo de designaciones no impedía que fueran la experiencia y la competencia profesional las expresamente llamadas a soportarlos. A medio camino entre las Secretarías Generales y los Subsecretarios y Secretarios Generales Técnicos, necesaria e inexcusablemente funcionarios de Cuerpos Superiores, quedaron los directores generales que, solo excepcionalmente en atención a las características específicas, podían quedar relevados de tal requisito. Dispensados quedaron también los máximos responsables de las Entidades Públicas Empresariales y de las Agencias, si bien en ambos casos y sin perjuicio de la específica regulación de cada una de ellas su reclutamiento quedaba también sujeto a criterios de competencia profesional y experiencia. Fuera de la AGE solo para los municipios de gran población se introducen con la Ley 57/2003 exigencias análogas y similares excepciones creando un nivel directivo bajo la inmediata dependencia del poder político para cuyo acceso pasa también a exigirse con carácter general la condición de funcionario y, en todo caso, la ostentación de conocimientos y experiencia. Ahora bien, a diferencia de la LOFAGE: (i) La *externalización* de la función directiva ha venido determinada, directamente, por la falta de exigencia de la condición de funcionario para el acceso a determinados órganos *directivos* (los del artículo 130; en el que se relacionan por contraposición a los órganos superiores, tomando así como referencia la misma dicotomía que la LOFAGE introdujera en la AGE), pero sin acudir a la atribución de alto cargo a su titular. Y (ii), con independencia de estos *órganos* directivos, la LBRL introduce un factor más de confusión al referirse específicamente al *personal directivo* en su Adicional Decimoquinta y definirlo de forma no del todo coincidente con la titularidad de los *órganos directivos* de los municipios de gran población: “A estos efectos, tendrán la consideración de personal directivo los titulares de órganos que ejerzan funciones de gestión o ejecución de carácter superior,

manifiesto el Proyecto de Ley reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado que actualmente tramitan las Cortes Generales y en el que, de nuevo, se vuelve a concebir la generalizada funcionarización de los niveles directivos como exigencia de una Administración profesionalizada¹⁴.

ajustándose a las directrices generales fijadas por el órgano de gobierno de la Corporación, adoptando al efecto las decisiones oportunas y disponiendo para ello de un margen de autonomía, dentro de esas directrices generales.” Así pues, ni siquiera ciñéndonos al estricto ámbito de la LBRL podemos asimilar al personal directivo de su Adicional Decimoquinta con los titulares de sus órganos directivos del art. 130 cuanto, aún menos, con el del artículo 13 EBEP, por haber querido circunscribir finalmente éste al personal laboral o, en su caso, funcionario. El galimatías a que da lugar la confusión entre órganos directivos y personal directivo unido a la indefinición de las funciones directivas de que adolece el artículo 13 EBEP, indebidamente interpretado a la luz, no de la tramitación parlamentaria sino de la inicial propuesta de la Comisión, inequívocamente abandonada a la vista de la enmienda nº 265 del Senado, se pone de manifiesto en algunas resoluciones judiciales que hacen gala de un simple voluntarismo para enfrentarse a la aplicación de un precepto que, en la mayor parte de los casos, ni siquiera resulta aplicable pues, no olvidemos que, como ha recordado el Tribunal Supremo, su despliegue demanda la ineludible colaboración de los legisladores de desarrollo. Ejemplo de la anterior confusión lo constituye la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y La Mancha que proyecta la exigencia de los principios de mérito y capacidad a que se refiere el artículo 13 EBEP (2007) sobre los *órganos directivos* introducidos en la LBRL por la LMMGL (2003) confundiendo al personal directivo del artículo 13 EBEP con los órganos directivos del artículo 130, máxime cuando la LBRL contiene su propio concepto de personal directivo en la D.A. Decimoquinta. Paralelamente, se observa que el artículo 13 EBEP viene siendo indebidamente aplicado para anular nombramientos *directos* de personal que, precisamente por resultar ajeno al empleo público (esto es, carente de la condición de trabajadores o funcionarios) nunca resultarían incluidos en el artículo 13 EBEP y obviando la concurrencia de los elementos que, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, condicionan la condición como directivo del puesto. En cualquier caso y volviendo a los *órganos directivos* que pueden existir en los municipios de gran población, de conformidad con el artículo 130 (letra b) tendrán tal consideración:

- 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.

Al amparo del aptdo.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. El nombramiento de los *coordinadores generales* y de los *directores generales*, atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia deberá efectuarse entre funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Entidades Locales o con habilitación de carácter nacional que pertenezcan a cuerpos o escalas clasificados en el subgrupo A1, salvo que el Reglamento Orgánico Municipal permita que, en atención a las características específicas de las funciones de tales órganos directivos, su titular no reúna dicha condición de funcionario (aptdo. 2). A la anterior previsión debe añadirse además la reserva de funciones en favor de los habilitados que determina la Adicional Octava y que conlleva que tanto la secretaria general del pleno como la intervención (órganos directivos) deban recaer en funcionarios de la correspondiente subescala de habilitados nacionales si bien es más que discutible que, en estos casos, proceda su declaración en servicios especiales como prevé el artículo 87.1 f) EBEP (“cuando se desempeñen responsabilidades de órganos superiores y directivos municipales”).

¹⁴ Finalmente aprobada y publicada en BOE como Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. Como explica su Exposición de Motivos, “La ley aclara las condiciones para proceder al nombramiento de un alto cargo. Se introduce como novedad en este punto la idoneidad como requisito para el nombramiento de los altos cargos, tomando como referencia los criterios de mérito y capacidad así como los de honorabilidad. Para ello, se regulan las causas por las que se considera que no concurre honorabilidad y, por lo tanto, no pueden considerarse idóneos para el desempeño de un alto cargo. La honorabilidad, además, debe concurrir en el alto cargo durante el ejercicio de sus funciones, por lo que su falta sobrevinida será causa de cese. La constatación previa de que se cumplen las condiciones de idoneidad para el desempeño del cargo se hará mediante una declaración responsable que deberá suscribir el candidato, que también deberá suministrar a la Oficina de Conflictos de Intereses, en caso de que así se lo solicite, la documentación que acredite dicho cumplimiento”. Más concretamente, y sin perjuicio de que, por Ley, puedan establecerse requisitos adicionales para acceder a determinados cargos para los que sean precisas especiales cualificaciones profesionales, el nombramiento de los Subsecretarios y Secretarios Generales Técnicos que presten sus servicios en la Administración General del Estado deberá realizarse entre funcionarios de carrera del Estado, de las comunidades autónomas o de las entidades locales, pertenecientes a Cuerpos clasificados en el Subgrupo A1. Esta disposición es también de aplicación al nombramiento de los Directores Generales, salvo que el Real Decreto de estructura del Departamento permita que, en atención a las características específicas de las funciones de la Dirección General, su titular no reúna dicha condición de funcionario, debiendo motivarse mediante memoria razonada la concurrencia de las especiales características que justifiquen esa circunstancia

No se trataba por tanto de introducir la función directiva en las Administraciones Públicas, *informalmente* existente y, precaria, pero ya *orgánicamente* regulada (o *desregulada*, según se vea), sino de dotar por primera vez a quienes la habían venido asumiendo de un régimen jurídico propio y diferenciado y, de paso, profesionalizarlos¹⁵. A partir de ahí, la opción de hacerlo mediante la categorización como una clase de empleado del personal directivo conllevaba, implícita pero ineludiblemente, la construcción normativa de un espacio constitucionalmente informe, pero anclado a un régimen estatutario al que, paradójicamente, el personal directivo, pasaba a resultar ajeno¹⁶.

excepcional (art. 2.6). Sin perjuicio de la anterior previsión específica, con carácter general, el nombramiento de los altos cargos se hará entre personas idóneas y de acuerdo con lo dispuesto en su legislación específica. Son idóneos quienes reúnen honorabilidad y la debida formación y experiencia en la materia, en función del cargo que vayan a desempeñar (art. 2.1). En la valoración de la formación se tendrán en cuenta los conocimientos académicos adquiridos y en la valoración de la experiencia se prestará especial atención a la naturaleza, complejidad y nivel de responsabilidad de los puestos desempeñados, que guarden relación con el contenido y funciones del puesto para el que se le nombra (art. 2.4). La anterior precisión responde a la observación del Consejo de Estado (1435/2013) por cuya virtud “El término idoneidad debería quedar referido al cumplimiento de las condiciones establecidas normativamente, cuando sea el caso. Concretar la idoneidad en reunir la debida formación y experiencia, supone reconocer que respecto de ciertos altos cargos se interpone esta valoración entre el derecho a acceder a los cargos públicos regulado en el artículo 23 de la Constitución y la competencia para designar al titular del alto cargo del órgano que corresponda en cada caso.”

¹⁵ Esto era algo que tenía claro tanto la Comisión como el Ministro de Administraciones Públicas. El origen del problema venía determinado por tanto, no por la ausencia de funciones directivas, sino por la inexistencia de un régimen jurídico diferenciado para su desenvolvimiento lo que, a su vez, ha determinado, en unos casos, la politización de su desempeño y, en otros, el acceso de empleados carentes de las habilidades gerenciales que aquéllas demandan. Y así, decía el informe de la primera que, “aunque en el Estado y en algunas Comunidades Autónomas se han dado pasos importantes hacia la formación de directivos, la ausencia de perfiles propios en la legislación vigente no puede evitar que el nombramiento para el desempeño de cargos que requieren habilidades gerenciales recaiga sobre personas nombradas por exclusivas razones de confianza política o personal o sobre funcionarios que carecen de ellas. De lo cual suele resentirse de inmediato el funcionamiento de los servicios” (pag. 68). “En realidad, por uno u otro cauce, ha venido emergiendo un colectivo de empleados del sector público del más alto nivel y responsabilidad, caracterizado por su competencia y experiencia profesional en tareas de gestión o dirección. Esta realidad manifiesta tiene reflejo en aquellas normas organizativas que reservan determinadas funciones a esta clase de personal, así como en actividades específicas de formación que programan, entre otras entidades, las propias Administraciones Públicas” (pag. 50 del mismo Informe). Por su parte y como ya hemos reseñado, el Ministro citó como ejemplo de directivos a los subdirectores y directores generales, mientras que la portavoz de su mismo grupo parlamentario puso como manifestación de la situación a superar el *spoils system* que la desregulación de esta figura ha acabado posibilitando: “Como es bien sabido, esta franja de la administración pública ha estado en nuestro país sometida al régimen de *spoils system*, es decir, de confianza política, como denominaron algunos estudiosos en este campo. Por tanto, para nosotros es fundamental profesionalizar este ámbito de la gestión, es imprescindible si de verdad nos creemos que queremos introducir la economía, la eficacia y la eficiencia en la gestión de los recursos humanos, de los recursos financieros, de todo aquello que supone una administración acorde con las necesidades de los ciudadanos en la Europa del siglo XXI. Nos parece básico resolver esta laguna. Este es uno de los agujeros de nuestras administraciones públicas y, por tanto, aplaudimos la apuesta decidida por configurar, por profesionalizar esta franja entre los funcionarios que desarrollan tareas de gestión y la esfera política o gubernamental; es fundamental profesionalizar este campo, esta franja que es decisiva para gestionar mejor nuestros recursos” (señora MALARET GARCÍA con motivo de la comparecencia del señor ministro de Administraciones Públicas para informar sobre las líneas básicas del anteproyecto del estatuto básico del empleado público. DS. Congreso de los Diputados, Comisiones, núm. 539, de 29/03/2006)

¹⁶ El personal directivo no fue inicialmente concebido como una especie de funcionario sino, precisamente, como una (cuarta) clase de empleado distinta, tanto del personal funcionario y eventual como del personal laboral: “Esta regulación debería abordar el acceso a este grupo profesional que, a juicio de la Comisión, no debe constituir en ningún caso un nuevo “cuerpo” de funcionarios, sino una estructura más flexible, pero en todo caso separada de la dirección propiamente política y del personal eventual” (pag. 68 del Informe). Lo anterior resultaba lógico si tenemos en cuenta que, ya antes y como hemos dicho, la Comisión había apostado por cuatro clases de personal distintas: “En virtud de lo expuesto, la Comisión propone que el Estatuto Básico del Empleo Público diferencie cuatro clases de personal:

- a) Funcionarios públicos, ya sean de carrera o de carácter temporal.
- b) Personal laboral, ya sea fijo o temporal.
- c) Personal eventual.

d) *Personal directivo*” (pag. 50 del Informe)

3. Es la anterior descontextualización, derivada en último término de la inexistencia de un ámbito material constitucionalmente reservado al régimen estatutario de los funcionarios, la que explica que a lo largo de la tramitación parlamentaria se presentara como un problema de invasión competencial el que no era otro que el, hasta ahora inconcluso, del encaje entre la facultad de cada legislador para disciplinar la potestad de auto-organización consustancial a toda Administración Pública y la que al Estado incumbe de regular las bases de un régimen estatutario al que, tan intrascendente resulta la posible dimensión orgánica de algunos puestos¹⁷, como en capital ha convertido a efectos de su misma aplicación la simple atribución *formal* de la condición de alto cargo que ha permitido a cada Administración Pública su discrecional empleo para desplazar a su antojo la legislación de Función Pública¹⁸ y, paralelamente, para administrar en términos exclusivamente políticos este espacio decisorio.

4. Ahora bien, una cosa es que las leyes de organización hayan aprovechado la indefinición constitucional de este nivel directivo para *extrovertir* este tipo de nombramientos y, otra muy distinta, que la legislación estatal que con carácter básico está *vocacionalmente* llamada a ocuparlo¹⁹ deba quedar al albur de las normas de organización procedentes de quienes, además, en el estricto ámbito de la Función Pública en el que desde un principio pretendió encuadrarse el Estatuto Básico, no son sino meros legisladores de desarrollo. Del mismo modo que no es discutible que estas disposiciones organizativas y, en cierta forma, puramente domésticas, se ocupen de los requisitos para acceder a los órganos administrativos, no parece de recibo que esta rutinaria empresa deba hacerse a costa de poner en tela de juicio la capacidad del legislador estatal, primero, para regular las bases del régimen jurídico de todas las Administraciones Públicas; y, después, para delimitar el alcance del régimen estatutario de los funcionarios públicos, no solo al amparo de la competencia para fijar sus bases (art. 149.1 18ª) sino, en último y forzado término, de la que el Estado ostenta para regular las condiciones básicas garantizadoras de la igualdad de todos en el ejercicio de un derecho fundamental como es el de acceder en condiciones de igualdad a unas funciones públicas (art. 149.1.1ª en relación con el artículo 23.2) de las que, de los *altos cargos*, solo quedan fuera aquellos cuya designación tenga lugar “sin sujeción a

¹⁷ Es el caso de los Subdirectores Generales cuya indiscutible proyección orgánica (arts. 6.2 b) y 19 LOFAGE) no ha impedido la sujeción de sus nombramientos a las normas de Función Pública que rigen la provisión de los puestos de trabajo (art. 20.1 b) LMRFP).

¹⁸ Un desplazamiento implícito pero indiscutible. El apartado 2 del artículo 87 EBEP, en relación con la letra a) del aptdo. 1 del mismo precepto, salda con la inaplicación del régimen estatutario de los funcionarios públicos a los funcionarios que son nombrados altos cargos de las distintas Administraciones Públicas, poniendo así a disposición de las normas organizativas de cada Administración (en las que se concreta tal atribución) el alcance del régimen estatutario de los funcionarios públicos cuyas bases, por imperativo constitucional, están sin embargo reservadas a normas con rango de ley procedentes del Estado.

¹⁹ La sentencia 99/1987 sostiene que así se desprende de la “opción genérica de la Constitución (arts. 103.3 y 149.1.18ª) a favor de un régimen estatutario para los servidores públicos y de la consiguiente exigencia de que las normas que permitan excepcionar tal revisión constitucional sean dispuestas por el legislador, garantizándose, de este modo, una efectiva sujeción de los órganos administrativos, a la hora de decidir qué puestos concretos de trabajo puedan ser cubiertos por quienes no posean la condición de funcionario”.

requisitos vinculados a los principios de mérito y capacidad (sino tan sólo a criterios políticos)” (STC 221/2004, de 29 de noviembre, FJ 4 *in fine* a la que se remite la posterior 192/2012, de 29 de octubre de 2012)²⁰. Probablemente sea esta imprecisa posición del personal directivo la que explica, no solo la parca regulación y los términos potestativos con que desde un principio pretendió ser puesta a disposición de las leyes de desarrollo sino, sobre todo, la contradictoria apelación del titular del Departamento a la potestad de organización de cada Administración Pública para justificar, ya en sede parlamentaria, aquélla y éstas²¹. De hecho, los acontecimientos normativos posteriores parecen poner de manifiesto la preferencia del legislador estatal por la opción organizativa para acometer la profesionalización de la función directiva visto, no solo la opción que subyace en el citado proyecto de Ley reguladora del ejercicio del alto cargo sino, sobre todo, la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña operada por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio que, cuando en su nuevo artículo 150, atribuye a la Generalitat la “regulación de los órganos y directivos públicos” lo hace “en materia de organización de su administración”; al margen por tanto, de la que el artículo 136 le otorga en “función pública y personal al servicio de las Administraciones públicas catalanas”²²²³.

5. Ahora bien, debe quedar claro que si el *personal directivo profesional* acabó siendo *descolgado* de entre las clases de *empleados* no fue debido a que, por su dimensión orgánica, su regulación se situara *fuera* del personal laboral, eventual y funcionario (fuera del ámbito del empleo

²⁰ “Quedan también excluidos del ámbito de protección del art. 23.2 CE los puestos y cargos de designación política, esto es, los denominados «altos cargos» cuando su cobertura dependa exclusivamente de la voluntad de la autoridad a la que se atribuye la competencia para el nombramiento y cese, *sin sujeción a requisitos vinculados a los principios de mérito y capacidad sino tan sólo a criterios políticos*. Lo mismo ocurre con los puestos reservados al personal eventual que presta apoyo o asesoramiento especial a estos altos cargos en su gestión y cuya designación se sustenta en criterios de estricta confianza (STC 221/2004, de 29 de noviembre, FJ 4 *in fine*)”. (F.J. 4 STC 192/2012, de 29 de octubre de 2012).

²¹ “El tratamiento del personal directivo constituye otra diferencia entre ambos documentos. Mientras que el proyecto anterior incluía ya la figura de la función directiva pero no la definía claramente, el presente anteproyecto viene a subsanar esta deficiencia dándole contenido a esa nueva función y dejando un amplio margen de maniobra en su regulación a las comunidades autónomas, a quienes corresponde hacerlo, vuelvo a recordarlo, *dentro de sus potestades de autoorganización*” (Comparecencia del Ministro de Administraciones Públicas ante el Congreso de los Diputados para informar sobre las líneas básicas del Anteproyecto del Estatuto Básico del Empleado Público. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 29 de marzo de 2006).

²² **Artículo 150.** *La organización de la Administración de la Generalitat.*

Corresponde a la Generalitat, *en materia de organización de su administración*, la competencia exclusiva sobre:

a) La estructura, la regulación de los *órganos y directivos públicos*, el funcionamiento y la articulación territorial.

b) Las distintas modalidades organizativas e instrumentales para la actuación administrativa.

Artículo 136. *La función pública y el personal al servicio de las Administraciones públicas catalanas.*

Corresponde a la Generalitat, en materia de función pública, respetando el principio de autonomía local:

a) La competencia exclusiva sobre el régimen estatutario del personal al servicio de las Administraciones públicas catalanas y sobre la ordenación y la organización de la función pública, salvo lo dispuesto en la letra b).

b) La competencia compartida para el desarrollo de los principios ordenadores del empleo público, sobre la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, las situaciones administrativas y los derechos, deberes e incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas.

c) La competencia exclusiva, en materia de personal laboral, para la adaptación de la relación de puestos de trabajo a las necesidades derivadas de la organización administrativa y sobre la formación de este personal.

²³ Precisamente al tiempo de referirse al artículo 150 del Estatuto catalán advierte Luis Ortega Álvarez de que “sólo si se parte de la contemplación de la función directiva como un elemento de la organización y no del empleo público estaremos en la línea adecuada” (La Alta Dirección Pública: Análisis y propuestas. Prólogo. INAP 2010).

público, vamos) sino, precisamente, por todo lo contrario (por la expresa decisión del legislador de reconducirlo a una simple especie ambos), lo que explica que, paralelamente, se modificara la rúbrica del Título I para degradarlo silenciosamente a una simple clase *de personal* o, lo que es lo mismo, a una simple clase de personal *laboral* o *funcionario*. La justificación de la enmienda núm. 265 (de supresión de la letra e) del artículo 8.2 EBEP)²⁴ promovida por el Grupo Socialista en el Senado zanja cualquier confusión entre lo que pudo haber sido (en realidad, entre lo que fue anunciado por el Gobierno: una cuarta clase de empleado) y lo que, finalmente, ha acabado siendo (una simple especie de personal laboral o funcionario): “el personal directivo *o será personal funcionario o será personal laboral*”, decisión cuyo verdadero alcance debe ser visto a la luz del artículo 87.1 a) EBEP que salva definitivamente a los altos cargos al saldar con el paso a servicios especiales a los funcionarios nombrados tales.

Una *jibarización* que hace prácticamente inviable el intento de deslegalización que constituye la incomprensible atribución en bloque a los *órganos de gobierno* de su *régimen jurídico específico*²⁵. De un régimen jurídico que, además, de entroncar con la libre designación que con carácter básico se contempla para los puestos directivos en la legislación de Función Pública (arts. 80 EBEP y 20.1 b) LMRFP) convierte la definición que de las *funciones directivas* hagan las distintas *Administraciones Públicas* en virtud del artículo 13 EBEP, en algo, tan intrascendente -al menos a estos efectos- como la que de sus *órganos directivos* pudieren acometer sus leyes de organización en paralelo²⁶. Esta reducción a una simple clase de personal determina

²⁴ **ENMIENDA NÚM. 265** Del Grupo Parlamentario Socialista (GPS)

El Grupo Parlamentario Socialista (GPS), al amparo de lo previsto en el artículo 107 del Reglamento del Senado, formula la siguiente enmienda al Artículo 8. 2. e.

ENMIENDA De supresión.

Al artículo 8, apartado 2, letra e).

Se propone la supresión de la letra e) del apartado 1 del artículo 8, relativa a «personal directivo».

JUSTIFICACIÓN

En realidad *el personal directivo o será personal funcionario o será personal laboral*. Por lo tanto no es, en sus estrictos términos, otra clase de empleado público. Por ello se propone la supresión de una referencia en tal sentido en este artículo.

²⁵ En este sentido Luis Maese Seco: “... si bien pueden considerarse observados los criterios de la ejecución administrativa y de la previsibilidad en la remisión estatutaria del artículo 13 del EBEP al reglamento, no cabe decir lo mismo de los criterios de la mensurabilidad y completud. En otras palabras: resulta difícil saber si el legislador básico ha dado adecuado cumplimiento a la exigencia de “... determinación material suficiente...” que impone el Tribunal Constitucional para entender conforme la colaboración entre ley y reglamento (...) Lo que significa, en lo que aquí interesa, que resulta fundado albergar ciertas dudas acerca de la validez de la amplia remisión a la colaboración del reglamento contenida en el primer párrafo del artículo 13 del EBEP” (Reflexiones en torno a la encomienda EBEP a favor de los ejecutivos para establecer el régimen del personal directivo profesional. La Alta Dirección Pública: Análisis y propuestas. INAP 2010).

De nuevo la confusión entre la potestad de auto-organización correspondiente a cada Administración Pública y la competencia de las Comunidades Autónomas para desarrollar legalmente un régimen estatutario en el que, sobrevenidamente, habría pasado a integrarse el personal directivo parece explicar la sorprendente llamada a los órganos de gobierno de aquéllas para regularlo. Véase si no la justificación de la enmienda 266, también del Grupo Socialista, a la que se debe la habilitación a los órganos de gobierno: “Aparte de la necesidad y oportunidad de contemplar en un texto legal como éste, de desarrollo del artículo 149.1.18.ª de la Constitución, la figura del personal directivo, factor decisivo de modernización administrativa, *sucede que el personal directivo también se enmarca en las potestades de autoorganización y de dirección de las Administraciones Públicas. Por ello, en coherencia con lo mismo, se prevé la posibilidad de que los Órganos de Gobierno de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas establezcan el régimen jurídico del personal directivo de las referidas Administraciones Públicas.*”

²⁶ Que es precisamente nuestro caso, pues a la vez que dice *regularse* el personal directivo y, precisamente con tal excusa, se introduce el concepto de órganos directivos en la Ley 8/1991 de los que, implícitamente,

que, dejando a un lado al personal laboral, cuando el artículo 13 EBEP se refiere a la *designación del personal directivo profesional* se está refiriendo en realidad a la *provisión* de puestos (directivos) de funcionarios y, cuando a su *régimen jurídico específico* apela no está sino apelando a una parte de su régimen estatutario²⁷. Nada queda pues ni del carácter abierto con que fueron originalmente concebidos estos puestos ni, por la misma razón, nada queda tampoco de la pretendida profesionalización a su través de los altos cargos.

6. Siendo innegable que la anterior conclusión relativiza la trascendencia de la inconcreción de las funciones directivas en que incurre el artículo 13 del Estatuto Básico, el riesgo que subyace en la atribución a los *órganos de gobierno* de las CCAA de su definición, hace que no pierda un ápice de interés la concepción que subyace en la tautológica definición legal que ha quedado del personal directivo. En este sentido debe tenerse presente que la Comisión de Expertos únicamente consideraba *directivo público* a quien, participando en la definición de las estrategias del departamento asume la responsabilidad de la ejecución de sus programas de actuación estando investido a tal efecto de competencias organizativas y de gestión presupuestaria y de personal²⁸. Una definición que, a la vez que pone de manifiesto el sustrato orgánico en que el directivo público se asienta, relativiza el papel que la confianza, y no solo la política, está llamada a jugar, tanto

se vienen a excluir a los directores generales, a cuyo efecto se definen aquéllos eludiendo cualquier dimensión decisoria que pudiera comprometer en el proceso de profesionalización a éstos. En definitiva: Con la coartada de introducir al personal directivo se profesionaliza lo que ya era profesional a la vez que se mantienen politizados los directores generales pese al indiscutible carácter directivo de sus funciones: En Sentencia de 30 de abril de 2009 confirmada por el Tribunal Supremo en la suya de 14 de julio de 2011 el Tribunal Superior de Justicia de Asturias reduce precisamente a las direcciones generales la consideración de puestos directivos en el ámbito de la Administración del Principado de Asturias:

“... dada la justificación particular para cada PT, de la propia Ley asturiana, de sus artículos 10, 11 y 12, se deduce que las funciones de dirección compete en el nivel más bajo, a las Direcciones Generales según la normativa vigente (antes Direcciones Regionales) y que las funciones de dirección y coordinación competen a las Direcciones Generales o a las Secretarías Generales Técnicas, como órganos centrales de la Administración, cuyos titulares, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10.5 de la citada ley son los que se nombran libremente por Decreto, por esa especial responsabilidad y PT de confianza.”

²⁷ Desgraciadamente, la inconcreción de que adolece la definición que del personal directivo profesional se realiza en el artículo 13 EBEP posibilita interpretaciones asentadas en un simple ejercicio de voluntarismo. Es el caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 18 de octubre de 2013 en la que se identifica al personal directivo del artículo 13 EBEP con los titulares de los órganos directivos a que se refiere la LBRL sin más argumento que la necesidad de encajarlos en alguna de las figuras del Estatuto Básico y, por supuesto, obviando que el personal directivo ha acabado por quedar reducido a una simple clase de personal laboral o funcionario (Enmienda nº 265 del Senado) siendo por tanto insostenible que se trate de un *quartum genus*, como alegremente y sin ninguna fundamentación, sostiene la resolución que, concretamente, dice en su FD Quinto: “No se opone a esta conclusión la argumentación alegada por la Administración demandada. La impugnación se basa esencialmente en que los titulares de los órganos directivos municipales no tiene la consideración de personal directivo profesional pero no se dice entonces en qué categoría jurídica se les incluye distinta de la del restante personal directivo local. No es aceptable que los puestos de trabajo a los que se refiere el artículo 130.2 de la LBRL hayan de ser ocupados por una categoría distinta intermedia entre el dirigente de origen electivo y el directivo de origen profesional *que ya es un tertium genus separado del régimen ordinario de empleo público. Se confunde el puesto de trabajo que es el órgano directivo con el personal que ha de ocuparlo. La Ley de Bases de Régimen Local no había previsto una categoría nueva de personal sino puestos de trabajo excluidos del régimen propio del empleo público. Una vez que el personal que ha de ocupar estos puestos tiene un régimen jurídico específico en el EBEP, ha de ser aplicado también a las función directiva profesional en el ámbito municipal aunque sus normas propias no lo hayan previsto expresamente pues no tenían necesidad de reproducir las bases legales de la función pública.*”

²⁸ “Aunque su espacio propio resulta difícil de definir con precisión, el directivo profesional *ha de contribuir a la definición de las estrategias del departamento* y, fundamentalmente, *asume la responsabilidad superior de ejecución de los programas*, para lo que *ha de contar con las competencias de organización y de gestión presupuestaria y de personal correspondientes*” (Pag. 65 del Informe).

en su concepción, como en su desenvolvimiento. No está de más recordar que si la *dirigenza* italiana ha suscitado dudas de constitucionalidad ha sido, no por la cualificación de sus flamantes directivos, ahora ya todos *profesionalizados*, sino por la posible colisión de su regulación con los principios constitucionales de imparcialidad, eficiencia y buena Administración con los que, como puso de manifiesto la Corte Constitucional italiana, estaría seriamente reñida la libre revocabilidad de sus nombramientos²⁹.

7. Además de su esencial posición estratégica, la referencia a la ostentación de *competencias* que se contiene en el Informe de la Comisión de Expertos deviene capital pues, siendo las Administraciones Públicas por definición, complejos orgánicos y los órganos administrativos los elementos en que se encuentran residenciadas las competencias en que se concreta su capacidad decisoria, resultaría jurídicamente inviable su despliegue desde espacios ajenos a la titularidad de éstos. No hay capacidad de decisión sin competencias ni competencias sin órganos. En este sentido no resulta del todo afortunada la definición que el Estatuto Básico ha acabado haciendo del personal directivo por simple referencia a unas *funciones* que, no solo no presuponen un sustrato orgánico, sino que alimentan la confusión con el personal eventual, expresivamente conocido como *de confianza*, sin que convenga perder de vista la indeseable confusión de responsabilidad que, como han recordado los reformadores italianos, provoca “la falta de correspondencia entre los poderes formalmente asignados a la administración y (los) sustancialmente ejercitados por la política” (Presidenza del Consiglio dei Ministri, 1993:9).

8. El sustrato orgánico de la función directiva en el ámbito público trasciende así a la genérica potestad de auto-organización para erigirse, ahora implícitamente a través del personal directivo- en garantía de una Administración Pública *efectivamente* profesionalizada. No deja de resultar absurdo que quienes, precisamente para garantizar la primacía de la ley están legalmente investidos del derecho al cargo, devengan jurídicamente intrascendentes en el dictado de los actos administrativos, que es lo que, precisamente, sucede en Administraciones pequeñas y fuertemente concentradas, sin que pueda obviarse que la desconcentración no es una opción organizativa para el deleite de estudiosos sino un principio constitucionalmente impuesto (art. 103.1 CE). ¿Qué sentido tiene la inamovilidad de unos funcionarios carentes de competencias? ¿Para qué directivos profesionales que no deciden mientras quienes en realidad lo hacen solo de la política son profesionales? La politización de la Administración trasciende pues a la, no por familiar, menos obscena insistencia en seguir *proscribiendo* a unos y *poniendo a dedo* a otros, antes a los jefes de servicio, y a los denominados *órganos directivos* ahora. Cierto es que la desconcentración no garantiza la profesionalización, pero no lo es menos que una Administración concentrada es, por definición, una

²⁹ Ver nota al pie n°8.

Administración politizada y politizada lo seguirá siendo en tanto no se imponga la intervención de unos funcionarios que, de otro modo, seguirán reducidos a intrascendentes turiferarios con brillantes expedientes personales expresivos en mayor medida de la lealtad política que de una valía profesional para cuya ponderación, ni los rumorosos pasillos de las dependencias administrativas ni las sedes de los partidos políticos se revelan como los lugares más apropiados.

No parece sin embargo que, con una Ley 2/1995, de 13 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias que, encorsetada aún en una concepción localista, reserva de partida todas las competencias al Consejo de Gobierno y a los Consejeros (artículo 14.1)³⁰, la mera “*responsabilidad *de la ejecución de proyectos, actividades, programas, planes o **de la gestión de las áreas funcionales*” por medio de la que se definen los engañosamente denominados *órganos directivos*³¹ vaya a venir precedida de proceso de desconcentración alguno que permita superar la, de otro modo inviable, definición de este tipo de personal por simple referencia a ellos. Más allá de interesadas confusiones orgánicas y de denominaciones deliberadamente engañosas, ni puede negarse el carácter *materialmente* directivo de los órganos que tiene atribuidas las principales competencias decisorias ni, a la inversa, puede conferirse a las simples unidades administrativas que carecieren de ellas cuanto, aún menos, trasladar gratuitamente tal consideración a sus titulares a partir de su simple denominación. De nuevo el viejo truco de ampararse en el desarrollo de la legislación básica para, poco más que reproducirla, pero desvirtuándola, y, de paso, para vaciar el alcance de las sentencias cuya impugnación se entrevera rítmicamente con la modificación de la ley hasta dejar convertido en puramente retórico el hoy costosísimo derecho a la tutela judicial efectiva³² y, la carrera profesional de los cuerpos superiores de la Administración del Principado de Asturias, en un simple epígrafe incluido en los temarios

³⁰ **Artículo 14 Competencias**

1. Las competencias que corresponden a la Comunidad Autónoma serán ejercidas, con excepción de las expresamente reservadas a la Junta General, por los órganos superiores de la Administración del Principado, conforme a lo establecido en el Estatuto de Autonomía para Asturias y en las leyes dictadas en ejecución de lo previsto en los artículos 32.4 y 33.2 de dicho Estatuto.

Que la concepción que subyace en la legislación de régimen jurídico es antagónica de la que presupone el despliegue del personal directivo lo confirma su Exposición de Motivos: “En el capítulo III se aborda la regulación del procedimiento para la creación de órganos administrativos, así como el ejercicio por éstos de sus competencias, siguiendo el régimen hasta ahora vigente en la Administración del Principado de Asturias en el que las competencias decisorias con trascendencia respecto a terceros sólo están atribuidas al Consejo de Gobierno y a los titulares de las Consejerías, si bien queda prevista en la Ley la posibilidad de su desconcentración en órganos dependientes de aquéllos, cuando circunstancias de carácter organizativo, funcional o territorial lo hagan necesario.”

³¹ “A los órganos directivos les corresponde *asumir la responsabilidad de la ejecución de proyectos, actividades, programas, planes o de la gestión de las áreas funcionales que les sean asignadas, de acuerdo con los criterios e instrucciones del alto cargo del que dependan, con autonomía funcional y sujeción al programa anual de objetivos.*” (Nuevo número 3 del artículo 11 introducido por el número dos del artículo segundo de Ley 7/2014, 17 julio, de medidas en materia de función pública y organización administrativa).

³² La anterior Ley 14/2010 había intentado ya imponer legalmente la libre designación para todas las jefaturas de servicio ante la negativa del Tribunal Supremo a considerar como puestos directivos a éstas. Junto con el engañoso recurso a las modificaciones legales es precisamente la instrumentalización del sistema de recursos la que explica que, pese a haber sido declaradas nulas (en lo relativo a la libre designación) todas y cada una de las RPTs aprobadas por el Consejo de Gobierno desde 2007, en 2015 no se haya convocado aún ni un solo concurso de méritos para cubrir las jefaturas de servicio.

de ingreso. Muy bien podría decirse que, en materia de empleo público, es el legislador el que actúa con sujeción a la actuación de la Administración en vez de ésta la que lo hace con sujeción a la Ley.

9. La anterior dimensión organizativa nos permite, además, contextualizar la institucionalización de la función directiva en el declive de la burocracia y en la paralela aparición de esquemas alternativos de diseño organizativo en el entorno público que refuerzan un eje fundamental de los diseños post-burocráticos: el intento por construir un nuevo marco de responsabilidad para la gestión de los servicios públicos (Echevarría) del que el *divisionalismo* podría ser considerado uno de sus más claros exponentes³³. No es casualidad que sean “los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados” los que enmarquen la evaluación del personal directivo profesional a que se refiere el artículo 13 EBEP ni que en su Exposición de Motivos se haga referencia expresa a ellos como, no lo era tampoco que, al tiempo de proponer su regulación, la Comisión de Expertos apelara a la lógica empresarial en que las Administraciones Públicas basaban (según la propia Comisión) una buena parte de su actuación³⁴. Es por ello que -no tanto la introducción del personal directivo cuanto- la institucionalización de la función directiva debe ser puesta en relación con una nueva cultura de gestión pública en la que se integra la planificación estratégica o la gestión por objetivos y en la que deben ser contextualizadas las medidas que desde los años 90 han presidido los planes de modernización de las distintas Administraciones Públicas. Esta perspectiva gerencialista en la que cobra pleno sentido el fenómeno directivo y que ha sido denominada *Nueva Gerencia Pública* o *New Public Management* es la que ha dado lugar a la aparición, en algunos países, de una nueva clase de empleados públicos caracterizada por la asunción de una responsabilidad acorde con márgenes de capacidad decisoria desconocidos hasta entonces³⁵. Una

33 Por contraposición al modelo burocrático. La forma divisional, tal y como se describe en la teoría de la organización a partir de las tesis de Henry Mintzberg (La estructuración de las organizaciones. 2005) es una estructura organizativa que se caracteriza la aparición dentro de la organización de una serie de entidades autónomas, cada una de ellas con su propia estructura. La forma divisional se compone por tanto de una serie de entidades semiautónomas acopladas mediante una estructura central. Cada una de estas entidades se denomina división y pertenece a la línea media. Estas unidades básicas no se agrupan por funciones ni son partes de un proceso complejo sino instancias independientes que integran todas las funciones precisas para la obtención del producto o la prestación del servicio (output). Es por lo anterior que la identificabilidad y homogeneidad (relativas) del output es la base de la aparición de las divisiones y de todo el funcionamiento del modelo, siendo su delimitación imprescindible para la creación de márgenes de autonomía divisional. Dos elementos caracterizan a la división: Su estabilidad frente a la conyunturalidad de las estructuras políticas y la separación de responsabilidades políticas y de gestión, recayendo sobre las divisiones exclusivamente estas últimas. Cada una de estas unidades serán dirigidas por directivos con grandes competencias y gran capacidad de decisión.

³⁴ “Una Administración moderna, que no se limita ya a la aplicación impersonal y objetiva de las normas jurídicas, sino que se responsabiliza de La creación y prestación de una pluralidad de servicios, que debe responder a las demandas sociales con eficacia y eficiencia crecientes y que *basa, por ello, una buena parte de su actuación en una lógica empresarial*, necesita disponer de directivos cualificados” (Pag. 65 del Informe de la Comisión).

³⁵ El manifiesto desprecio por los criterios economicistas que subyacen en la lógica empresarial en que se enmarca el personal directivo determinaron su frontal oposición por los grupos parlamentarios situados a la izquierda del Gobierno. De ello son buena muestra las declaraciones formuladas por el senador CUENCA CAÑIZARES con motivo del Dictamen de la Comisión de Administraciones Públicas: “Esta figura nueva que introduce el proyecto se refiere a un personal que no estará sometido a ningún control. Las condiciones de empleo no van a ser objeto de negociación colectiva ni van a estar sometidos al régimen disciplinario que el mismo texto crea. No tienen que ser funcionarios y van a dirigir a todo el personal. *Es la introducción de la*

capacidad sin la cual, el personal directivo quedaría reducido a una suerte de personal eventual con funciones administrativas.

10. Esta dimensión decisoria del personal directivo resulta imprescindible en orden a evitar la perversión que posibilita la residual e incoherente regulación que ha quedado de una figura cuyo potencial ya ha sido visto por algunos legisladores que, con mas descaro que pericia, han recurrido a ella para hacerla depositaria, no solo la libre designación sino, en general, de todos aquellos mecanismos de pretendido carácter discrecional que entreveran la Función Pública y que, precisamente por no serlo tanto, no han permitido el despliegue de la confianza con la profusión que hubiera gustado a una clase política a la que tanto cuesta distinguir el Gobierno de la Administración, la legitimación representativa de la servicial y, en último término, la política del Derecho. Siete años después, cuando asistimos al intento de blindaje legal de la libre designación a que en nuestra legislación de Función Pública ha quedado reducida la cacareada *regulación* de un personal directivo deliberadamente confundido con unos órganos que, en el colmo del absurdo, ni siquiera son tales, es de justicia traer a colación las que, han resultado ser, lúcidas palabras de Ramón Parada cuando al poco tiempo de la publicación del Estatuto Básico predecía “el muy alto grado de politización de la clase directiva. En ella los partidos políticos encontrarán una fuente nutricia de apetitosos empleos con retribuciones blindadas fuera de convenio, para tratar de asignarlos a sus militantes o a los funcionarios más adictos. (...) Con los directivos es de suponer que pase algo parecido a lo que viene ocurriendo con los titulares de los organismos reguladores que, salvo honrosas excepciones, funcionan como hombres del partido por el que fueran designados, y que también es plenamente visible en los nombramientos de personas de notorio prestigio para el Tribunal Constitucional (y el Consejo General del Poder Judicial): la excelencia se les presume, pero la adhesión inquebrantable se constata.”

11. Para cerrar el círculo debemos recordar que, es precisamente la anterior dimensión decisoria, la que viene siendo empleada por el Tribunal Supremo al tiempo de delimitar la consideración de los *puestos directivos* a los efectos de la libre designación y la que está llamada a seguir siéndolo una vez fuera de discusión su funcional (o, a lo más, laboral) naturaleza. De hecho, en su Sentencia de 24 de noviembre de 2010 el Alto Tribunal recuerda el concepto de órgano administrativo que subyace en la referencia a los Subdirectores Generales del artículo 20.1 b) LMRFP³⁶ para, una vez reducido al ámbito del personal eventual

gestión empresarial en la Función Pública. Pero además se me ha olvidado decir que tampoco sabemos ni cómo se van a nombrar. Esta nueva figura que se le ha ocurrido al Gobierno es muy dudosa, y para nosotros es objeto fundamental de enmienda, como ya he dicho.” (DIARIO DE SESIONES DEL SENADO. Año 2007 VIII Legislatura. Núm. 115. Sesión del Pleno celebrada el miércoles, 21 de marzo de 2007).

³⁶ El Tribunal Supremo se hace así eco de una de las características que siempre se han predicado del personal directivo lo mismo en el sector público que en el privado; la ostentación de un ámbito de decisión propio conectado directa e inmediatamente con los objetivos estratégicos de la organización en la que se inserta. Ahora bien, a diferencia de lo que sucede en cualquier organización privada ese ámbito de decisión resulta incomprensible al margen de la titularidad de un órgano en sentido estricto, esto es, de una unidad administrativa cuya actuación tenga carácter preceptivo o produzca efectos jurídicos frente a terceros (art.

el despliegue de la confianza, vincular el carácter directivo del puesto a la ostentación de “un espacio de iniciativa o dirección sobre concretas actuaciones (...); siendo indiferente a este respecto que no existan eslabones jerárquicos intermedios entre dicho puesto y el órgano directivo, pues ello expresa el conducto orgánico por el que directamente se reciben las ordenes pero no un ámbito autónomo de función directiva; y no bastando tampoco la posibilidad de adoptar resoluciones absolutamente regladas que sólo requieran la mera confrontación de hechos o la aplicación automática de normas.” Despejando cualquier duda el Alto Tribunal concluye sentando que la antedicha doctrina es, además, *acorde con lo dispuesto en el artículo 13, del Estatuto Básico del Empleado Público*, “norma que si aún no está en vigor en esta materia (Disposición Final Cuarta) puede servir, sin embargo, de pauta para la interpretación de la normativa vigente”.

12. Ésta explícita referencia al artículo 13 del Estatuto Básico resulta definitiva pues, no solo reivindica el imprescindible *desarrollo* legal del precepto que, dicho sea de paso, no consiste en la engañosa reproducción a que, con más que dudosa constitucionalidad, se viene a contraer el nuevo artículo 8 *bis* de la Ley 3/1985, sino que anuda su interpretación a los anteriores criterios a la vez que desplaza cualquier otra en clave puramente organizativa y ajena por tanto al ámbito del Derecho de la Función Pública como sería aquélla que pretendiera trasladar a los *puestos* el carácter directivo de los *órganos*, que es precisamente lo que ha pretendido la Ley 7/2014 al confundir expresamente uno y otro en el apartado 5 del nuevo artículo 8 *bis*.

13. Ahora bien, del mismo modo que los anteriores rasgos jurisprudencialmente cincelados, posición estratégica y capacidad decisoria, ponen en evidencia la opción de la Ley 7/2014, vienen a corresponderse con los recogidos en el borrador del Proyecto de Ley de la Dirección Pública Profesional de Catalunya en el que tras identificarla con el conjunto de *órganos activos* que aseguran la puesta en práctica de las políticas de los *órganos superiores* de gobierno viene a atribuirles la *participación directa en su formulación y el ejercicio de las competencias que comporten la dirección de equipos de personas, la gestión de medios materiales y la ejecución del presupuesto con autonomía y responsabilidad*³⁷. En el mismo sentido, en el artículo 2 del

5.2 LOFAGE) pues es a los *órganos competentes* a los que se atribuye el dictado de los actos administrativos a cuyo través se manifiesta la voluntad de la Administración en la que éstos se integran (art. 53.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Así como en el ámbito privado la configuración orgánica resulta intrascendente para explicar la posición de los trabajadores investidos de los poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa que ejercen con plena autonomía y responsabilidad (art. 1. Dos del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección) en el de las Administraciones Públicas resulta inviable su asunción al margen de la titularidad de los *órganos* que tienen atribuidas las correspondientes *competencias*.

³⁷ “La dirección pública profesional de Catalunya está formada por el conjunto de *órganos activos* que velan por la consecución de los resultados de los servicios que tienen asignados y que aseguran la puesta en práctica de las políticas públicas, las normas y las directrices que emanan de los *órganos superiores*, de gobierno o dirección política de cada administración pública o ente público, mediante la participación directa en su formulación y el ejercicio de las competencias propias y delegadas que vinculan a la organización y comportan la dirección de equipos de personas, la gestión de infraestructuras o medios materiales y la ejecución del presupuesto con autonomía y responsabilidad” (art. 2.1).

borrador de Estatuto de Personal Directivo que manejaba el Ministerio de Administraciones Públicas ya en 2007 se perfilaba éste por referencia al *ejercicio de competencias, a la dirección de equipos de personas y a la gestión de presupuestos*³⁸. La misma concepción subyace en la sobrevenida Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 7/1985 que ha acabado definiendo al personal directivo de los municipios de gran población como “los *titulares de órganos* que ejerzan funciones de gestión o ejecución *de carácter superior*, ajustándose a las directrices generales fijadas *por el órgano de gobierno (...)*, adoptando al efecto las *decisiones oportunas y disponiendo para ello de un margen de autonomía*, dentro de esas directrices generales”. Parece pues que posición estratégica, órgano, competencias y margen de autonomía son atributos sin los cuales no cabe hablar, ni de puestos directivos ni de personal directivo tampoco, sin que la sola rotulación como directivo del órgano se transmita a la naturaleza del puesto ni, aún menos que todo quede reducido a la simple denominación de aquél o de éste³⁹.

14. Como ya habrán deducido, la ausencia de capacidad decisoria y, por tanto, de naturaleza orgánica, condena a la inocuidad en el ámbito de la Función Pública a los denominados *órganos directivos* introducidos por la Ley 7/2014, de 17 de julio, de medidas en materia de función pública y organización administrativa pues, más allá de su engañosa denominación y de su confesada y sospechosamente *cuantificada* pretensión de dar con ellos continuidad a la libre designación⁴⁰, una vez amortizada la de las anteriores jefaturas de servicio, ni estamos ante *órganos administrativos*, pues carecen de competencias, ni aunque lo estuviéramos su simple denominación conllevaría el carácter *directivo* de unos *puestos* que, para ser tales, deben ofrecer la posibilidad de que sus titulares *dicten resoluciones* que, además, no reduzcan su procedencia o contenido a la mera confrontación de hechos o a la aplicación mecánica de normas (como vuelve a recordar en su Sentencia de 20 de octubre de 2010 el Tribunal Supremo). No siendo así, poca trascendencia tiene la henchida *responsabilidad* vinculada a un *programa anual de objetivos* que, en

³⁸ “El personal directivo profesional, bajo la dirección de los titulares de los órganos superiores, en todo caso participa en la formulación de las políticas públicas y desarrolla funciones predominantemente de alta ejecución de políticas públicas y además lo hace reuniendo al menos dos de estas características: mediante competencias propias o delegadas que comprometan externamente a la organización, con un especial grado de responsabilidad por los resultados finales, disponiendo de información sensible o estratégica para la toma de decisiones, dirigiendo equipos de personas y gestionando presupuestos.”

³⁹ Esta dimensión orgánica a la que conduce la irrenunciable capacidad decisoria que caracteriza la función directiva brilla sin embargo por su ausencia en la evanescente definición con que se ha hilvanado la *figura* por parte de algunos legisladores de desarrollo que, eso sí, no han dudado en anudar la libre designación (o el nombramiento *discrecional*) para la provisión de este tipo de puestos. Es el caso de la Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana, cuyo artículo 20.1 vincula al personal directivo público profesional con la puesta en marcha de proyectos, planes o programas concretos de duración determinada (aptdo. 1), debiendo acreditar con carácter previo a los nombramientos “la imposibilidad de asumir a través de la estructura orgánica y funcional existente los objetivos asignados al proyecto, plan o programa de que se trate”, lo que prácticamente supone concebir a los directivos como empleados sin competencias y sin capacidad decisoria por tanto (aptdo. 2). La misma tendencia a huir de la dimensión orgánica se observa en la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha que define al personal directivo profesional como aquel que tiene atribuida “la gerencia profesional de programas o políticas públicas” (artículo 13.1).

⁴⁰ “El número de puestos directivos no podrá ser, en ningún caso, superior a dos veces el número de Direcciones Generales de la Administración del Principado de Asturias” (pº 2º del nuevo artículo 8 *bis*.5 de la LOFPPA).

cualquier caso, no puede ser asimilado a los inéditos *programas de actuación* a que se sigue refiriendo el artículo 2 de la Ley 2/1995, de 13 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias y que son los únicos legalmente llamados a acoger “una definición de objetivos y de actuaciones necesarias para su consecución” (aptdo. 2). Pretender que el carácter directivo de unos puestos a proveer por personal funcionario venga *nominalmente* determinado por una ley puramente organizativa y, en base a ella, por unos simples decretos de estructura orgánica, resulta jurídicamente inviable a los efectos, no solo de perpetuar la libre designación a través de los mismos sino, además, de su sospechosa exclusión de las RPTs y, aún más, de la soterrada limitación del contenido de una libertad sindical en la que se integra el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos del que se priva expresamente al personal directivo (art. 13.4 EBEP).

15. A la inversa: La anterior dimensión orgánica y decisoria que caracteriza al personal directivo, unida a su inicial configuración como una clase diferenciada de empleado, es la responsable de que los Altos Cargos se propusieran en un primer momento como acreedores de la nueva categoría⁴¹ y, consiguientemente, de que la profesionalización que conllevaba la inicial sujeción de su designación a (simples) *criterios* (que no *principios*⁴²) de mérito y capacidad solo cobrara pleno sentido por referencia a ellos, superando así la, tan implícita como difusa, legitimación constitucional que ha permitido administrar en términos políticos este espacio decisorio que, ni subjetivamente se integra en el Gobierno ni objetivamente puede ser excluido de una Administración cuyos principios de actuación se compadecen mal con la desprofesionalización inherente a la simple confianza política que ha venido presidiendo, más de facto que *de iure*⁴³, este tipo de

⁴¹ Si bien la inexacta referencia a la regulación de los servicios especiales no tenía otra explicación las palabras del propio Ministro en su comparecencia ante el Congreso de los Diputados despejan cualquier confusión; ver nota al pie nº 12.

⁴² La Comisión de Expertos insistió en todo momento en la conveniencia de que el nombramiento conjugase “razones de confianza con la posesión de ciertos requisitos de capacidad y mérito, ya acreditados o sometidos a algún tipo de verificación o escrutinio previo” pero quedando siempre claro que “sólo pueden ser directivos públicos quienes posean una cualificación profesional contrastada”. Precisamente para hacer posible el despliegue de la confianza nunca se pensó que el mérito y la capacidad actuaran como determinantes de la designación del personal directivo sino como requisitos de acceso a los nombramientos, cuya acreditación se posibilitaba que, además de *ad hoc* respecto de cada puesto, pudiera venir normalizada mediante acreditaciones para la función directiva lo que, sin crear un cuerpo ni una categoría, supondría una suerte de predeterminación para el acceso que haría menos sospechosa la figura y que en cierta forma vendría a suponer un guiño a aquel diploma de directivos profesionales de la Ley de Funcionarios Civiles de 1964. Esta opción, la de la acreditación profesional, se encuentra ya prevista en el borrador de Proyecto de Ley que exige contar con la acreditación directiva emitida por el Instituto de Dirección Pública de Catalunya para participar en las correspondientes convocatorias. Sin embargo, la misma desconfianza determinante de la reducción conceptual de la figura es la responsable de que los *criterios* de mérito y capacidad fueran reconducidos hasta convertirse en *principios* (Enmienda nº 267 del Senado) propiciando así una conversión ya inocua una vez reducidos los puestos directivos a puestos funcionariales. El simplismo de la parca (y técnica) justificación de la enmienda pone en cualquier caso de manifiesto la incomprensión (incluso por parte del mismo Grupo Parlamentario del Gobierno) de la nueva figura: “Mejora técnica. Según la Constitución de 1978 (artículo 103.3) «mérito y capacidad» son principios, y no criterios. «Idoneidad», por su parte, es un criterio.” En cualquier caso, la expresa referencia al artículo 103.3 CE, sin matices, pone una vez más de manifiesto la incardinación de los nuevos puestos directivos en el régimen estatutario de los funcionarios públicos.

⁴³ Al menos en el ámbito del Principado de Asturias a la vista del perfil eminentemente político de los nombramientos realizados con anterioridad a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de

nombramientos y a la que ahora la Ley 7/2014 pretende dar natural continuidad⁴⁴.

16. Sin embargo, es por la anterior dimensión constitucional que más allá de su inclusión o exclusión en el concepto del personal directivo profesional del Estatuto Básico, la profesionalización del ámbito ocupado por los altos cargos debe considerarse una exigencia implícita de los principios de organización y funcionamiento que, por imperativo constitucional rigen la actuación de todas las Administraciones Públicas y cuya proyección no puede venir determinada por el alcance de un régimen estatutario cuyos principios de mérito y capacidad son tributarios y no acreedores de aquéllos. Desde esta perspectiva, la introducción del personal directivo como una clase de empleado (y no de personal) permitía superar la patológica situación derivada de la indefinición constitucional de este espacio que ha acabado haciendo a sus ocupantes acreedores de una relación de simple confianza, cuya justificación se diluye a medida que se aleja de los respectivos órganos representativos, únicos depositarios de la (confianza) del electorado, pues no hace falta apelar al mérito y a la capacidad que vertebran el régimen estatutario de los funcionarios públicos para deslegitimar la lealtad política como justificación del desempeño de los niveles superiores de una Administración cuyos principios de actuación, por imperativo constitucional, son los de eficacia, economía, sometimiento pleno a la Ley y al Derecho y servicio objetivo a los ciudadanos; parámetros todos ellos con los que poca relación guarda la empatía ideológica o personal, a lo más deseable, pero por sí sola intrascendente, entre quienes nombran y quienes son nombrados.

17. Así resulta de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que desde su sentencia de 21 de marzo de 2002, no solo ha erigido la funcionarización de los Altos Cargos en paradigma del principio de eficacia de las Administraciones Públicas sino que, implícitamente, la ha venido a proyectar sobre todas ellas al entroncarla con un principio omnisciente como el del servicio objetivo a los intereses generales. Una profesionalización que no resulta contradicha por la posibilidad (que la LOFAGE y la LMMGL contemplan) de ser puntualmente excepcionada pues paradójicamente “una excesiva burocratización de los órganos de dirección de la Administración General del Estado, ante las múltiples funciones prestacionales al servicio de los ciudadanos que se le atribuyen, pudiera ir en detrimento de los principios de organización y funcionamiento expuestos en el artículo 3 de la citada Ley -principio de eficacia en el cumplimiento de los objetivos, programación y desarrollo de objetivos y control de la gestión de los resultados-.” En este sentido

2011 que, corrigiendo severamente el criterio hasta entonces mantenido por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, fijó el verdadero contenido y alcance del precepto en que se amparaban aquéllos.

⁴⁴ E incluso expandir por cuanto, no se trata tan solo de que se suprima la generalizada exigencia de la ostentación de funcionario de carrera de un cuerpo superior (anterior art. 10.5 de la Ley 8/1991) cuanto, además, de aprovechar la confusión para extender la condición de alto cargo mediante la introducción de un párrafo segundo en la disposición adicional primera de la Ley del Principado de Asturias 2/1995, de 13 de marzo, que *asimila* en su régimen jurídico al de los altos cargos a los Directores, Gerentes o asimilados, de los organismos, entidades y empresas públicas.

la profesionalización de la función directiva atiende al significado de la institucionalización de la Administración Pública en la Constitución española de 1978 como organización democrática (artículo 103 CE), que contribuye a satisfacer los valores y principios consustanciales al Estado social y democrático de Derecho, y que sirve con objetividad a los intereses generales, sometida a la dirección del Gobierno, según refiere el artículo 97 CE, como recuerda el Alto Tribunal.

18. Esta otra dimensión organizativa, imprecisada de los principios que específicamente rigen el régimen estatutario de los funcionarios públicos, ha encontrado continuidad en posteriores resoluciones judiciales en las que, además de traer a colación “los principios de objetividad de la actuación administrativa y de eficacia (art. 103.1 CE), y los de eficiencia y economía en el gasto público (art. 31.2 CE), que posibilitan un modelo como el que instaura el EBEP (Ley 7/2007, de 12 de abril)” expresamente se ha advertido de que “llevada hasta sus últimas consecuencias, la opción de dar preeminencia al elemento político podría resultar contraria a los principios, también constitucionales, de igualdad, mérito y capacidad que inspiran nuestra función pública (art. 103.3 CE)” (STSJ CYLM de 7 de junio de 2010).

19. Es precisamente este encuadre constitucional el que hace difícilmente justificable la politización de las direcciones generales a que, pese a ser judicialmente censurada o, quizás, precisamente por ello⁴⁵, ha pretendido dar carta de naturaleza la modificación introducida por la Ley 7/2014 en la regulación de los directores generales y asimilados. No parece sin embargo que esta puntual modificación de la Ley 8/1991 permita volver al momento en que el acceso a estos órganos *directivos* (cualquiera que sea su denominación) era interpretado en clave de simple legalidad ordinaria: No una vez que el Tribunal Supremo (como tuvo oportunidad de recordar en su Sentencia de 11 de noviembre de 2011 en la que anuló precisamente el nombramiento de una Directora General del Principado de Asturias) concibe la profesionalización de las Administraciones Públicas como una exigencia implícita de “los principios que sienta el artículo 103 de la Constitución y de los principios generales que enuncia el artículo 3.1 de la Ley 30/1992, en especial el de la objetividad en el servicio a los intereses generales” anudándola, ésta es la clave, con “el desempeño de los centros directivos y cargos similares por funcionarios de carrera”.

⁴⁵ Conviene no olvidar que, al tiempo de comenzar la tramitación de la disposición, el Gobierno había conseguido dilatar la efectividad de la anulación de diversos nombramientos de directores generales mediante la interposición ante el Tribunal Supremo de un recurso de casación contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 28 de octubre de 2013 que, precisamente por no estar satisfactoriamente justificada la exoneración de la condición de funcionario de carrera, los había anulado. De ello se hizo eco la prensa regional:

“El Gobierno recurre al Supremo y elude el cese de sus altos cargos” Edición de La Nueva España de 30 de octubre de 2013.

“El Principado confirmó a primera hora de la tarde que agotará las posibilidades de recurso ante el alto tribunal, una medida que le permitirá evitar el cese inmediato de buena parte del “músculo” político del segundo escalón de la administración regional”

<http://www.lne.es/asturias/2013/10/30/gobierno-recurre-supremo-elude-cese/1491686.html>

20. Esta regulación, al igual que la del personal directivo *en el ámbito de la Función Pública*, olvida la imprescindible contextualización de la potestad legislativa de nuestra Comunidad Autónoma, no solo en el ámbito de la legislación estatal básica sino, por encima de ésta, en el de unos principios y preceptos constitucionales que, como recuerda el artículo 5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, determinan la interpretación y la aplicación de las leyes y los reglamentos; de los de origen autonómico también. Más allá de la concepción patrimonialista y decimonónica de la Administración que revelan las declaraciones de la consejera del ramo con motivo de la tramitación de la iniciativa legislativa en sede parlamentaria⁴⁶ no estamos en ninguno de ambos casos -ni en el de la libre designación ni en el de la profesionalización de los altos cargos- ante una cuestión estrictamente ideológica o sometida a consideraciones únicamente políticas sin que, para evitar llevar sorpresas, convenga perder de vista la buena costumbre de leer las sentencias antes de utilizar las leyes para intentar convertirlas en papel mojado.

⁴⁶ "Hemos preparado una ley aún no está en la Cámara- que restringe la libre designación y usted dice ahora que todos los directores generales han tenido cargos políticos. ¿Y qué? ¿Y qué? ¿Es que los incapacita para ser directores generales?" Edición de 25 de enero de 2014 de La Nueva España.
<http://www.lne.es/asturias/2014/01/25/dolores-carcedo-enfrenta-dureza-pp/1533112.html>