

RAFAEL JIMÉNEZ ASENSIO

*Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho
de la Universidad del País Vasco*

Sumario:

- A. Introducción.
- B. La estructura del personal directivo de la empresa en el Derecho privado.
- C. El personal de alta dirección: características fundamentales de la figura.
 - a. Antecedentes.
 - b. La relación laboral especial de alta dirección: regulación actual y características principales.
- D. La personificación privada de los organismos públicos. La laboralización del empleo público y la laboralización de las funciones directivas.

- E. Peculiaridades y problemática del personal directivo en régimen de Derecho privado en el sector público.
- a. Los órganos de gobierno de las sociedades y entes públicos: sistema de designación y singularidades frente al sector privado.
 - b. El personal de alta dirección y el resto de cuadros directivos en régimen laboral en el sector público.
 1. Introducción: los directivos públicos en régimen de Derecho laboral en el sector público.
 2. La estructura del personal directivo en régimen laboral en el sector público: algunos ejemplos.
 3. Selección y provisión de puestos directivos en régimen laboral en el sector público español.
 4. La modulación del concepto de directivo en régimen laboral en su aplicación al sector público.
- F. A modo de conclusión.

Bibliografía.

NOTA: *Este estudio es una versión actualizada, ampliada y revisada del epígrafe III de la segunda parte de mi libro Altos cargos y directivos públicos (Un estudio sobre las relaciones entre política y administración en España), editado por el Instituto Vasco de Administración Pública (Oñati, 1996). La inminente entrada en vigor de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), así como la aparición de otros datos y aportaciones bibliográficas, ha supuesto obviamente que algunas opiniones vertidas en el trabajo original se deban matizar, y así se hace en el presente texto. Esta adaptación del trabajo citado se publica por expreso deseo del CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS, y debo hacer constar que se incluye asimismo en un artículo de mayor extensión que será publicado próximamente por la Revista Documentación Administrativa. En cualquier caso, en esta versión, el texto de la LOFAGE con el cual se ha trabajado es el aprobado por el Congreso de los Diputados. Cuando estas líneas se escriben, el Proyecto está aún tramitándose en el Senado, por lo que es todavía factible que algunos de los preceptos que aquí se citan no sean los definitivos.*

A. INTRODUCCIÓN

Como habrá tiempo de comprobar con cierto detalle, la penetración del Derecho privado en las distintas organizaciones que conforman el sector público es, hoy día, un fenómeno incontestable. No se puede obtener más que un cuadro muy incompleto de cómo está la función directiva en el sector público español si prescindimos del examen de las funciones directivas que se ejercen en régimen de Derecho privado. Sólo hace falta echar una somera ojeada a nuestro entorno administrativo, sea local, autonómico o estatal, para ser conscientes del relieve que tiene la dirección de organizaciones públicas bajo formas de Derecho privado. Unas Administraciones Públicas que, como veremos, adoptan cada vez más la veste privada para realizar actividades no sólo de carácter industrial, comercial o financiero, sino también actividades genuinamente burocráticas, algunas de ellas ligadas inclusive al concepto más tradicional de soberanía: como es sin duda la aplicación efectiva del sistema tributario, por medio de los procedimientos de gestión, inspección y recaudación (véase, en este sentido, el art. 103 de la Ley 31/1990, por el que se creó la Agencia Estatal de la Administración Tributaria).

El esquema de desarrollo de esta parte del trabajo es el siguiente. En primer lugar, se aborda, a grandes rasgos, la estructura directiva en la empresa privada constituida en forma de sociedad anónima. La razón es bien sencilla: si ése va a ser el ropaje formal que adopte el ejercicio de las distintas actividades públicas, conviene conocer cómo se vertebra la función directiva en el ámbito privado y cuáles son sus características principales.

En segundo lugar, nos detendremos, también someramente, en el análisis de la figura del personal de alta dirección, como nivel más emblemático de las funciones directivas en la empresa privada; siendo conscientes, en cualquier caso, de que tal figura, dada su actual configuración restrictiva, debe convivir con un amplio estrato de cuadros directivos intermedios regidos por una relación laboral ordinaria.

Expuesto lo anterior, estaremos ya en disposición, en tercer lugar, de introducirnos en el núcleo central de la exposición: se trata de ver cómo el proceso gradual de personificación privada de las Administraciones Públicas o el recurso, en su caso, al Derecho laboral, ha influido en la gestación de una amplia e importante capa de directivos públicos regida por el Derecho privado.

En cuarto y último lugar, nuestra intención es describir cuáles son las peculiaridades de estos regímenes de directivos públicos sometidos a Derecho privado, analizar su problemática específica, y, por último, valorar en qué medida ese estrato directivo reproduce los mismos esquemas de la esfera directiva en régimen de Derecho público. Dicho de otro modo: pretendemos conocer hasta qué punto estos directivos públicos representan una franja profesional o están, también, mediatizados por criterios de confianza política (es decir, de politización), a imagen y semejanza -tal y como hemos visto- de los directivos sometidos al régimen de Derecho público.

B. LA ESTRUCTURA DEL PERSONAL DIRECTIVO DE LA EMPRESA EN EL DERECHO PRIVADO

La estructura del personal directivo en régimen de Derecho público se encuentra, como hemos visto, fragmentada en un mosaico de regímenes jurídicos, que se estratifican en tres niveles o círculos básicos: *el nivel político; el nivel político-administrativo; y, por último, el nivel burocrático-directivo.*

Pues bien, si algo identifica la estructura directiva de la empresa privada a la existente en la Administración Pública es, sin duda, la concurrencia de distintos regímenes jurídicos en lo que afecta a las funciones directivas, así como su estratificación en niveles diferentes. Es obvio que también aquí, en el campo del Derecho privado, resulta inapropiado hablar de *una* función directiva. El concepto de directivo en el Derecho privado, al igual que sucede en el ámbito del Derecho público, tampoco es una noción homogénea. Es más, como comprobaremos de inmediato, la doctrina *iusprivatista* utiliza la expresión «alto cargo» para referirse a realidades muy dispares entre sí (TAPIA HERMIDA, 1995).

El personal directivo de la empresa se estructura, como ha puesto de relieve la generalidad de la doctrina, en tres niveles básicos (IGLESIAS CABERO, 1994, 35; ALEMANY ZARAGOZA, 1994, 28-29; DEL SAZ CORDERO, 1995, 117 y ss.); unos niveles o estratos que se corresponden, a su vez, con tres regímenes jurídicos diferentes que se aplican al ejercicio de funciones directivas. Esta estratificación en tres niveles no es óbice para que, por parte de algunos autores, se diferencien hasta cinco posibles posiciones directivas en la empresa (MOLERO MANGLANO, 1995, 44-45).

El primer estrato directivo estaría representado por los «altos cargos» con vínculo de *naturaleza mercantil*. En toda empresa con forma de sociedad anónima (que es siempre a la que nos referiremos aquí) existen órganos de gobierno y administración que ejercitan, *mutatis mutandis*, el poder ejecutivo de la sociedad que, sin entrar en mayores matices, se expresa orgánicamente por medio de

la figura de los administradores, del Consejo de Administración o, en su caso, de uno o varios Consejeros Delegados (VICENT CHULIÁ, 1991, 626; SÁNCHEZ CALERO, 1994, 394). A este primer estrato directivo, dado su peculiar vínculo, se le aplica en sus relaciones con la empresa el Derecho mercantil o civil, en su caso. La característica principal de estos órganos administrativos, sean unipersonales o colegiados, es que representan a la sociedad frente a terceros, configurándose, asimismo, como órganos de actuación interna en cuanto que definen la política empresarial y programan sus objetivos. Quizá, a nuestros efectos, la nota más sobresaliente radique en la temporalidad del cargo de administrador, cuya duración máxima se limita a cinco años, aunque con posibilidad de reelección (art. 126 LSA). El nombramiento de los administradores corresponde a la Junta General (art. 123.1 LSA), aunque «la susodicha afirmación representa tan sólo la formulación de un principio general, ya que el nombramiento (véase, por ejemplo, art. 137 LSA) puede tener su origen en otras fuentes» (POLO, 1992, 71). En los estatutos de la sociedad, como fruto de la autonomía contractual y corporativa, se establecerán el número máximo y mínimo de administradores, así como la retribución que éstos deban percibir, en su caso (arts. 123.1 y 130 LSA). El cese de los administradores se puede producir, por lo que a nosotros afecta, tanto por destitución (en el caso de la sociedad anónima por la Junta General de accionistas) como por dimisión del administrador, que se considera como un acto jurídico unilateral sobre el cual ha de informar a la sociedad (SÁNCHEZ CALERO, 1994, 398).

Conviene en todo caso precisar que aquí entendemos por sociedades públicas las participadas mayoritariamente por capital público, sin perjuicio de que según el Derecho comunitario tendrían tal carácter las empresas en las que los poderes públicos ocupan una posición dominante. Es obvio que en las empresas públicas algunas cuestiones relacionadas con la estructura de los órganos societarios y con los órganos de gobierno y administración, se verán necesariamente moduladas por su carácter de «sociedades anónimas especiales» (SÁNCHEZ CALERO, 1994, 300). Esto se observa particularmente en que la mayor parte de las sociedades públicas carecen, con algunas excepciones significadas, del órgano soberano por excelencia en la empresa privada (la Junta General), así como en todo lo relativo a la composición del Consejo de Administración y nombramiento y cese de vocales del Consejo, Administradores o, en su caso, Consejeros Delegados. De ahí que se haya hablado en estos casos de «nombramientos con origen heterónomo», cuyo régimen jurídico se aleja parcialmente del establecido para los nombrados por la sociedad, pues supone «una derogación expresa de gran parte del régimen legal de los administradores previsto en la Ley de Sociedades Anónimas» (POLO, 1992, 78-79). Bien es cierto que en algunas sociedades públicas, según señalábamos, sí que existe Junta General de accionistas. Tal cuestión se produce, como es obvio, cuando la Administración Pública no dispone de la totalidad de las acciones, aunque sea el socio mayoritario, así como en determinadas sociedades públicas tales como las constituidas en el ámbito local (ALONSO UREBA, 1988; NICOLÁS MARTÍ, 1992, 445 y ss.), así como en algunas de ámbito autonómico.

Este personal directivo perteneciente al primer estrato está excluido expresamente del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores. El propio Estatuto efectúa concretamente esa exclusión, cuando la actividad de estas personas «se limite, *pura y simplemente*, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revisitan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo». Los problemas se sitúan, por un lado, cuando se

acumula la condición de administrador o consejero con una relación laboral ordinaria; y, por otro, cuando se trata de establecer la separación entre administradores y directivos (personal de alta dirección), y más en concreto, cuando convergen las funciones de consejero (en particular, las de Consejero Delegado en las sociedades anónimas) con las de personal de alta dirección. La doctrina, apoyada en una reiterada jurisprudencia, ha reconocido que entre la condición de alto cargo mercantil y alto directivo laboral no existen, en realidad, diferencias de cometidos, «puesto que las tareas inherentes a uno y otro cargo son equivalentes» (GARCÍA MURCIA-MARTÍNEZ MORENO, 1995, 41).

El segundo estrato directivo en la empresa privada, y aparentemente el estrato directivo por excelencia, viene configurado por el personal de alta dirección, que se contempla en el Estatuto de los Trabajadores [art. 2.1.b)] como una relación laboral de carácter especial. Sobre esta figura nos detendremos después con mayor detalle. Basta ahora con adelantar que el concepto utilizado por la norma reglamentaria que regula la figura (el R.D. 1382/1985) es enormemente restrictivo y fruto, como tendremos ocasión de comprobar, de la peculiar evolución jurisprudencial que terminó imponiendo una noción de alto directivo apenas servible en un contexto organizativo como el actual de la empresa. El legislador reglamentario pudo optar por explorar otras vías que condujeran a un concepto más amplio de alto directivo (y más en consonancia con la realidad empresarial), sin embargo se inclinó por la lectura jurisprudencial más restrictiva de la noción (BORRAJO DACRUZ, 1985, 163). Ello ha tenido, como veremos de inmediato, consecuencias de importancia, en cuanto ha provocado la aparición de un estrato de cuadros directivos en la empresa excluidos de ese régimen especial y habitualmente también excluidos del ámbito de aplicación, sea *de facto* o *de iure*, de los convenios colectivos.

Así pues, el concepto actual de personal de alta dirección significa, como veremos, que éste es la excepción y, por contra, la relación laboral ordinaria representa la regla. Se configura, así, una relación laboral especial muy poco operativa, pues se aplica únicamente, como también veremos, a los «puestos vértice de la estructura piramidal de la empresa» (BORRAJO DACRUZ, 1985, 163; SALA FRANCO, 1990, 35); de tal modo que, como se ha dicho hasta la saciedad, el alto directivo se asemeja a una suerte de *alter ego* del empresario (por todos: IGLESIAS CABERO, 1994, 44). El personal de alta dirección no es, por tanto, únicamente un «alto cargo» más de la empresa, sino que, por definición, estamos hablando *del* cargo más alto de la estructura organizativa empresarial (prescindiendo, obviamente, de los «altos cargos» con vínculo mercantil).

Esta relación laboral especial presenta también problemas fronterizos de delimitación por abajo; esto es, entre puestos de alta dirección y puestos directivos normales. Ahí también se plantean zonas de penumbra entre la relación laboral especial y la ordinaria. La actual regulación, como se ha dicho, nos conduce inexorablemente a una casuística muy prolija (BORRAJO DACRUZ, 1985, 165), que en nada ayuda a la formación de un concepto nítido de lo que sea o pueda ser el personal de alta dirección.

En consecuencia, el Real Decreto 1382/1985 construye un concepto de personal de alta dirección en el que caben un número reducidísimo de trabajadores directivos de las empresas; concepto que ha motivado una crítica frontal por parte de la doctrina (FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ PIÑERO,

1985, 179 y ss.; SALA FRANCO, 1990, 35; MARTÍNEZ MORENO, 1994, 32), en la medida en la cual -tal y como se ha reconocido- se muestra como una noción inservible para afrontar los nuevos retos organizativos de la empresa contemporánea; pues en tal noción se prescinde de la complejidad actual del mundo empresarial, de la imperiosa necesidad de dividir las funciones tradicionalmente atribuidas a una dirección única, así como de los requerimientos presentes de descentralización interna que tiene toda empresa (FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ PIÑERO, 1988, 180).

El tercer estrato directivo de la empresa viene, pues, constituido por *el personal que desempeña cometidos directivos*, pero que está *vinculado por una relación laboral de carácter ordinario o común*. Son los que se pueden denominar como cuadros intermedios de empresa. Ya advertíamos cómo en muchas ocasiones no resulta sencillo delimitar cuándo nos encontramos ante este tipo de personal, y no ante una relación laboral especial. Una de las notas que diferencia a los cuadros directivos intermedios del personal de alta dirección es que los primeros, aparte de estar sometidos en toda su plenitud al Estatuto de los Trabajadores, gozan aparentemente de una situación de estabilidad en el empleo mayor que el segundo, pues en el caso del personal de alta dirección su contrato puede ser rescindido unilateralmente por el empleador sin necesidad de alegar causa alguna.

En cualquier caso, el dato cierto es que la estabilidad del alto directivo en la práctica se mide más por el coste de rescisión del contrato que por las previsiones meramente formales. Aun así, se puede afirmar que ese desistimiento del empresario sin justa causa está basado sin duda en la relación de especial confianza que une al directivo con el empleador, y es ahí -como se ha dicho- donde reside lo «más característico» de su régimen jurídico (ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE, 1995, 71).

La consecuencia obvia de este concepto alicorto que se ha implantado de personal de alta dirección será que un gran número de cuadros directivos intermedios se verán incorporados a este régimen de funciones directivas regidas por el Estatuto de los Trabajadores. Esta rigidez de la noción de alto directivo acarrea, también, otras consecuencias menos evidentes. Así, un buen número de cuadros directivos de las empresas, acogidos a la relación laboral ordinaria, pactan individualmente sus condiciones de trabajo y las indemnizaciones por cese (blindaje de contratos), siendo apartados, en algunas ocasiones expresamente, del ámbito de aplicación de los convenios colectivos del sector o de la empresa. Esta exclusión del personal directivo intermedio también la podremos ver, con singular detalle, en algunos convenios colectivos del ámbito del sector público (RENFE; FEVE; Sociedad Estatal «Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea»; Correos, etc.), y evidencia la creación *de facto* de unas estructuras directivas que se superponen entre sí, regidas unas por la relación laboral especial, mientras que otras lo serán por la relación laboral ordinaria (el ejemplo típico de una estructura directiva por estratos es el de RENFE).

De este triple nivel directivo en la empresa, vamos a prestar atención ahora al estrato intermedio (personal de alta dirección) y, en menor medida, al estrato inferior (cuadros directivos intermedios), puesto que, cuando se trata de aplicar el régimen de Derecho privado a las funciones directivas en el sector público, son los dos supuestos que, principalmente, nos interesan, sin perjuicio de hacer mención también a las singularidades manifiestas que en el sector público se suscitan en relación con los cargos del primer nivel (los de naturaleza mercantil).

De forma prioritaria, según decíamos, nuestro interés se detendrá en el régimen especial de alta dirección, régimen que, durante los últimos años, está siendo aplicado de forma generalizada y con algunas especificidades tanto en el sector público estatal como por las Comunidades Autónomas. Veamos, pues, cuáles son sus características principales.

C. EL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN: CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTALES DE LA FIGURA

a. Antecedentes.

El personal de alta dirección en la empresa ha estado tradicionalmente excluido del ámbito de la legislación laboral, y regido por la normativa civil y mercantil. No es que existiera un vacío normativo, sino que únicamente tales puestos directivos no estaban incluidos en la legislación de trabajo, lo que no era impedimento para que existiera una relación jurídica civil o mercantil (BORRAJO DACRUZ, 1985, 159). Sin necesidad de remontarnos más lejos, el artículo 7 de la Ley de Contratos de Trabajo de 1944 (al igual que el mismo precepto de la de 1931) establecía que esa ley no regía para las actividades de «alta dirección, alto gobierno y alto consejo»; y, acto seguido, recogía una enumeración de los cargos que se encuadraban en tales actividades: Director General, Director o Gerente de la empresa, Subdirector General, etc. En consecuencia, de la dicción de la norma expuesta parecía derivarse un concepto de alta dirección construido sobre mimbres formales; esto es, alto directivo sería, por ejemplo, un Director, un Gerente o figuras similares. Sin embargo, a pesar de la literalidad de la ley, las consecuencias que se extraerán de sus mandatos obviarán la denominación formal de los cargos e incidirán en sus cometidos.

La tradicional exclusión del personal de alta dirección del Derecho del Trabajo comienza a palidecer a partir del momento en que la Ley de Relaciones Laborales de 1976 califica esa relación como de carácter especial. Esa calificación era una novedad, pero quedó en simple anuncio: la norma no tuvo ningún desarrollo sobre este punto, y el personal de alta dirección continuó excluido de la esfera laboral (y, en consecuencia, de la jurisdicción social). La misma operación de calificar a la relación como especial será realizada, en línea de continuidad, por el artículo 2.1.b) del Estatuto de los Trabajadores. El desarrollo reglamentario, sin embargo, tardó en cristalizar, y por fin, tras ciertas vicisitudes que no vienen al caso, se aprobó en 1985 el Real Decreto que regulaba esa relación laboral especial. Así pues, hasta hace poco más de diez años, el personal de alta dirección ha carecido de una normativa específica que regulase su peculiar posición en la empresa.

Sin embargo, durante todo este tiempo la jurisprudencia de lo social conoció en muchas ocasiones litigios en los que se entrecruzaban innumerables problemas de deslinde y de caracterización de relaciones jurídicas que revestían el ejercicio de funciones de contenido directivo en las empresas. Esa prolija jurisprudencia jugará un papel esencial en la definición del alcance de ese tipo de relación laboral especial, que, tras injustificados aplazamientos, el Gobierno quiso por fin regular.

La jurisprudencia se inclinó, no sin oscilaciones singulares, por dotar de un alcance muy restringido a la noción de «alta dirección». Y por una razón muy sencilla: porque si reconocía que una actividad se encuadraba dentro de la esfera de «alta dirección», ello significaba su exclusión del ámbito de aplicación de la legislación social y la reducción automática de la protección que le otorgaba al directivo la legislación de Derecho laboral. Es por lo que los jueces optaron por extender el manto tuitivo del Derecho del Trabajo a algunas actividades que, en sí, eran directivas, pero que no gozaban de la singularidad suficiente para ser extirpadas del Derecho del Trabajo y reconducidas a la legislación civil y mercantil (véase: GARCÍA MURCIA-MARTÍNEZ MORENO, 1995, 11).

En consecuencia, se construyó un concepto jurisprudencial dirigido en la medida de lo posible a restringir al máximo los puestos directivos en la empresa regidos por el Derecho mercantil o civil, persiguiéndose así que a todo trabajador, independientemente de que realizara funciones de contenido directivo, se le aplicara el Derecho del Trabajo, lo que suponía inclinarse por una concepción protectora del Derecho, un tanto paternalista, que estuvo omnipresente durante la práctica totalidad de vigencia del sistema político franquista. Esto es, el contexto sociológico, político y económico, fomentaron sin duda la emergencia de un concepto de directivo muy atado a las condiciones existenciales del régimen; concepto que a partir de la década de los setenta, y sobre todo de los ochenta, se iría mostrando cada vez más inadecuado con la realidad efectiva de la empresa.

b. La relación laboral especial de alta dirección: regulación actual y características principales.

El Real Decreto 1382/1985 representa -como sabemos- la primera norma reguladora en nuestro ordenamiento jurídico de la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección. Es una normativa que, sin embargo, decepcionará de inmediato las expectativas puestas en ella, dado que estará marcada por el continuismo con el concepto de alto cargo que había sido elaborado por la jurisprudencia durante las décadas anteriores.

Esta pesada herencia se advierte con meridiana claridad en la problemática definición contemplada en el artículo 1.2 (GARCÍA MURCIA-MARTÍNEZ MORENO, 1995, 9); definición tributaria de la jurisprudencia anterior que se hará presente en las tres notas básicas que van a servir para configurar la noción legal de alta dirección. A saber:

a) La noción de alta dirección como noción funcional.

El concepto de alta dirección se asienta sobre cometidos funcionales; por tanto, es personal de alta dirección quien ejercita efectivamente poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma. En consecuencia, prima en este tipo de relación el elemento funcional; es decir, para encuadrar una actividad dentro de la alta dirección, interesa conocer cuáles son las funciones realmente desempeñadas, no la denominación (el *nomen iuris*) del puesto directivo. De hecho, esta nota ha sido calificada como la de mayor impacto para poder detectar en qué casos nos encontramos ante un alto directivo (GARCÍA MURCIA-MARTÍNEZ MORE-

NO, 1995). La jurisprudencia, así, ha entendido que poderes inherentes son los que afectan al «círculo de decisiones fundamentales o estratégicas» de la empresa (STS de 13 de noviembre de 1989; véase, también, STS de 30 de enero de 1990); facultades que, como luego veremos, deben estar referidas a la íntegra actividad de la empresa o a aspectos trascendentales de sus objetivos (SsTS de 30 de enero y 12 de septiembre de 1990). El elenco de funciones que se enmarca en tal noción puede ser sintetizado, de acuerdo con una amplia jurisprudencia sistematizada por Carolina Martínez Moreno, del siguiente modo:

- a) Facultades de disposición, actividades consistentes en la celebración y ejecución de todo tipo de contratos y actividades negociales;
- b) Funciones de organización y dirección económica de la empresa;
- c) Funciones de dirección, gestión y disposición en materia de personal;
- d) Funciones y facultades de representación y actuación en nombre de la empresa; y
- e) Facultades en relación con el órgano de administración de la empresa (MARTÍNEZ MORENO, 1994, 38 y ss.; GARCÍA MURCIA-MARTÍNEZ MORENO, 1995, 18-19).

Según la noción funcional, el alto directivo proyecta, además, su actividad sobre los «objetivos generales» de la empresa, lo que ha supuesto que la jurisprudencia siga interpretando que alto cargo es, únicamente, quien dirige la empresa en su totalidad; esta noción excluye, o hace prácticamente inviable, el reconocimiento de directivos de carácter sectorial o territorial, pues éstos no desarrollan su actividad sobre el conjunto de la empresa, sino sobre parte de la misma. Como acertadamente se ha dicho, esta lectura genera una evidente dificultad de que exista más de un directivo por empresa (SALA FRANCO, 1990). De tal modo que un director financiero, de personal, de marketing, etc., no es, en principio, personal de alta dirección. Tal rigidez en la aplicación del concepto ha sido objeto, no obstante, de un paulatino cambio de jurisprudencia que parece admitir, no sin dificultades, que un directivo sectorial, siempre que dirija un departamento de gran importancia estratégica para la empresa e involucre a los intereses generales de la misma, pueda ser calificado de personal de alta dirección (MARTÍNEZ MORENO, 1994, 107; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, 1992, 134 y ss.). En cualquier caso, el problema no está tanto en la jurisprudencia, como en la norma en sí; pues, como acertadamente se ha dicho, «el concepto restrictivo de trabajador directivo que el Real Decreto acoge es una elección normativa consciente» (FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ PIÑERO, 1988, 182).

Cabe afirmar que, no obstante, esta noción funcional de alto directivo, con esos amplios cometidos, y cualificada por el ejercicio de poderes que afecten a los objetivos generales de la empresa, es una noción que se está aplicando con flexibilidad en el sector público. En este ámbito, como veremos, se matizan determinadas notas típicas de esa relación. Un ejemplo se produce en la aceptación de la existencia de varios directivos con contrato de alta dirección por empresa (RTVE; RENFE; Correos; FEVE, etc.); rompiéndose, por tanto, la identificación entre alta dirección y vértice único de la organización. Del mismo modo, en muchos casos, en el sector público se admiten dentro del

concepto de alta dirección funciones de naturaleza sectorial: un ejemplo lo tenemos en los directivos de hospitales del INSALUD, que disponen de un estatuto de personal de alta dirección. También hay casos en que la estructura de alta dirección en sociedades estatales o entes públicos no es sólo horizontal, sino que se halla jerarquizada (Banco de España; RTVE; RENFE; INSALUD, etc.). Todos estos ejemplos traídos a colación suponen reconocer que el concepto de alta dirección sufre modulaciones cuando se trata de trasladarlo del sector privado (su medio natural) al sector público. Volveremos sobre el tema.

b) El personal de alta dirección ejerce sus funciones con autonomía y plena responsabilidad.

Esta nota, como pone de relieve la doctrina laboralista, supone una atenuación evidente de las típicas notas de dependencia y ajenidad que caracterizan a la relación laboral ordinaria (ALEMANY ZARAGOZA, 1994, 19). El alto directivo sólo está limitado por los criterios e instrucciones directas emanadas del empresario o de los órganos de administración de la empresa. La autonomía y plena responsabilidad, que inspiran el ejercicio de la actividad del alto directivo, están estrechamente ligadas con la nota de confianza que inmediatamente vamos a examinar: pues tal autonomía implica que el directivo puede tomar decisiones libremente, sólo sujetas a meras instrucciones del órgano de gobierno, en cuya elaboración además suele tomar parte. De ahí que se haya dicho que el alto directivo podría incluirse dentro de la categoría de «trabajadores de ambientes atípicos» (OJEDA AVILÉS, 1990, 73), dada la proximidad que mantiene con el empresario, y la distancia con el resto de los trabajadores.

La nota de autonomía y plena responsabilidad también nos advierte de cuáles son las características específicas de este tipo de personal en lo que afecta a sus condiciones de trabajo y al ejercicio de determinados derechos. No cabe duda de que la posición estratégica del personal de alta dirección, en el vértice de la estructura, impregna su estatuto jurídico, hasta tal punto que sus condiciones de empleo son diferentes e, incluso, aleatorias (jornadas, licencias, vacaciones, etc.). La responsabilidad exigida al alto directivo encuentra su contrapartida en las elevadas remuneraciones que percibe (directas o indirectas), en la disposición de otras ventajas de carácter material vinculadas a su *status* (vivienda, coche, etc.), mientras que el sistema de sanciones que se le aplica es necesariamente peculiar, en cuanto que es él quien habitualmente ejerce poderes de control y de disciplina sobre el resto de empleados (MOLERO MANGLANO, 1995, 232 y ss.; MARTÍNEZ MORENO, 1994, 187). Asimismo, tampoco cabe duda de que algunos derechos propios de la relación laboral ordinaria se ven afectados en su aplicación a los directivos: por ejemplo, los típicos derechos colectivos, léase derechos de representación, huelga, negociación colectiva, etc. (FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ PIÑERO, 1988, 223; SALA FRANCO, 1990, 91; MARTÍNEZ MORENO, 1994, 137).

Estas notas de autonomía y plena responsabilidad de los directivos aparecen igualmente moduladas cuando se aplican al ámbito del sector público. En efecto, el trabajo de los directivos públicos se efectúa en un contexto que contribuye a la irresponsabilidad de los mandos intermedios de la gestión, por la tendencia natural que tienen éstos a derivar hacia arriba cualquier decisión comprome-

tida. La irresponsabilidad del directivo encuentra, asimismo, su explicación en la política de nombramiento de éstos, en la fugacidad -salvo excepciones- de su tiempo de permanencia en el sector público, así como en un sistema de controles formales que tiende a la ineficacia. Todo este cúmulo de factores provoca lo que ha sido denominado como «la astenia de los niveles directivos» de las empresas públicas (JIMÉNEZ, 1992, 80). Esta actitud de los directivos públicos se explica, en gran parte, por la coyunturalidad de su trabajo, puesto que su sujeción a la variable política les hace estar demasiado pendientes de gestionar el corto plazo y sin posibilidad alguna de realizar una planificación de carácter realmente estratégico (FERNÁNDEZ, 1985, 118).

Otra diferencia sustancial entre el trabajo directivo público y el desempeñado en el sector privado radica en que, como ha puesto de relieve Zulima Fernández, en el sector público los directivos operan con «un sistema de objetivos múltiples, cambiantes, enunciados de forma ambigua, sin orden claro de prelación entre ellos». Esa indefinición de objetivos produce, paradójicamente, un fortalecimiento de la discrecionalidad directiva y, en consecuencia, un incremento de sus niveles de autonomía en relación con el sector privado. A ello habría que añadir la facilidad con que los directivos públicos, como luego veremos, «capturan» a los miembros de unos Consejos de Administración dóciles o, cuando menos, nada combativos. En verdad, «en la empresa pública -como ha reconocido esta autora- ni siquiera se sabe con precisión qué es lo que los directivos deben alcanzar, lo que reduce más aún la capacidad para evaluar la calidad de su gestión» (FERNÁNDEZ, 1994, 110 y ss.).

c) La nota de confianza en el trabajo de alta dirección.

La doctrina pone generalmente especial énfasis en la nota de confianza como definitoria de la relación laboral de alta dirección. En todo caso, debe advertirse que si algo caracteriza a esa relación es la *confianza recíproca* (VIDAL, 1991, 253) o también denominada *mutua confianza* (IGLESIAS CABERO, 1994, 33; MARTÍNEZ MORENO, 1994, 251). Esta nota de la confianza, según veíamos, se proyecta sobre varios elementos de la relación y, más en concreto, sobre la autonomía que se le concede al alto directivo para la gestión de la empresa. En efecto, la confianza se demuestra, principalmente, en que el empresario o los órganos de gobierno de la empresa otorgan al personal de alta dirección una serie de poderes exorbitantes y una autonomía de gestión, de cuyo buen uso dependerá el propio futuro de la empresa. Es aquí donde radica, sin lugar a duda, la trascendencia de la nota de la confianza, pues al otorgar semejantes poderes, el empresario pone en riesgo su propio negocio: esto es, de la confianza otorgada depende el éxito o el fracaso de la empresa (MARTÍNEZ MORENO, 1994, 251). Sin embargo, la nota de la confianza, desde el punto de vista estrictamente jurídico, se manifiesta principalmente en que, como es conocido, en este tipo de relación se permite el desistimiento unilateral sin causa que lo justifique por parte del empresario, debiendo, en tal caso, proceder al devengo de la indemnización fijada en el contrato o, en su caso, la estipulada en el Real Decreto. Hay un sector de la doctrina que, sin embargo, relativiza la relevancia de la nota de confianza como elemento determinante de la relación del personal de alta dirección (GARCÍA MURCIA-MARTÍNEZ MORENO, 1995, 29).

La nota de la confianza, conforme tendremos ocasión de examinar más adelante, también sufre algunas distorsiones en su aplicación efectiva en el sector público. En la empresa privada, por ejemplo, los directivos se reclutan una vez contrastada su capacidad directiva a través básicamente de las señales emitidas en su trabajo anterior. Sin embargo, en el sector público el factor dominante en un proceso de reclutamiento de directivos no es, ni mucho menos, la experiencia acumulada previamente en la gestión (FERNÁNDEZ, 1994, 113). Asimismo, la confianza que inspira esta relación laboral especial en el sector privado es mutua o recíproca; mientras que en el sector público, dadas las especiales características que rodean a la provisión y cese de esos puestos, la confianza tiene más un carácter unilateral por parte de quien designa, debiendo tener como contrapartida una actitud de lealtad del directivo público hacia el órgano político que procedió a su nombramiento (sea el Gobierno, un Ministro, Consejero, Consejo de Administración, etc.).

Las reflexiones anteriores nos ponen en antecedentes de la importancia que tienen, por tanto, los procesos de reclutamiento del personal de alta dirección. La confianza que se deposita en el alto directivo no es una actitud gratuita ni exenta de significado: generalmente, cuando se elige un directivo, se tiene constancia de que la persona tiene el perfil profesional idóneo; es decir, posee las cualidades adecuadas para el desempeño de las tareas de alta dirección en esa empresa. De ahí que los altos directivos sean predominantemente profesionales muy codiciados por sus aptitudes. Para adquirir el *status* de personal de alta dirección, la normativa vigente no exige ningún tipo de titulación ni siquiera de conocimientos específicos, pero en la práctica es normal que se requiera una dilatada experiencia en la ámbito de la gestión en la que el alto directivo haya acreditado, además, una «buena fama» de gestor eficiente.

Dados los requerimientos exigidos a los altos directivos, así como por tratarse de un bien escaso y apreciado, es normal que las empresas compitan en el mercado por encontrar a los mejores profesionales. Así, con la finalidad de reclutar a este tipo específico de personas, han aparecido numerosas empresas dedicadas a la selección de personal directivo; los conocidos como *head hunter* (cazacabezas) o las firmas especializadas en *executive search*. La necesidad de más y mejores gerentes hace que sean esas firmas de consultoría las encargadas por las diferentes empresas de buscar a los profesionales más capacitados.

Este sistema de reclutamiento de directivos en el ámbito privado contrasta con la situación en la que se encuentra la captación de directivos en régimen laboral en el sector público. En el sector público, como veremos, la profesionalidad, al menos en la formulación del sistema, cede su sitio en favor de la discrecionalidad política. No se pone en duda que existan buenos cuadros profesionales en la empresa pública o en los entes públicos. Lo que hay que poner en tela de juicio es un sistema de reclutamiento que se asienta, principalmente, sobre criterios de naturaleza política. En algunas ocasiones, bien es cierto, las organizaciones públicas acuden a firmas de consultoría para reclutar personal, pero rara vez lo hacen con la finalidad de seleccionar personal directivo cualificado. Y ello se debe, principalmente, a que los puestos directivos en el sector público estatal siguen siendo considerados, al menos parcialmente, como pastos de clientelas políticas. Hay, no obstante, excepciones. El antiguo grupo INI, por ejemplo, ha sido calificado por un antiguo responsable del *holding* como «una escuela de negocios para los responsables con vocación directiva», puesto que se

afirmaba que generaba un trasvase de jóvenes que, después del ejercicio brillante de su profesión en situaciones próximas a las directivas, optaba por cambiar del sector público al privado (CUENCA VALDIVIA, 1991, 285). Aun así, lo cierto es que en muchas sociedades estatales se han producido también actitudes claramente endogámicas en la provisión de puestos de dirección, orillando así el dato de que una de las grandes virtudes de cualquier directivo, sea público o privado, es haber desarrollado sus funciones en entornos diferentes y previamente haber pasado por distintos departamentos sectoriales. De hecho, en el sector público, es muy importante la movilidad de los directivos, que debe ser tanto horizontal como funcional, pues tal cambio de ámbitos de gestión le podrá dar al directivo una medida de la enorme complejidad de las tareas que se desempeñan en el sector público, así como una experiencia profesional que redundará en una mayor eficacia de su trabajo directivo.

En síntesis, la relación laboral especial de alta dirección se caracteriza por las notas que hemos expuesto. Es por ello que, no es de extrañar, haya sido calificada de relación «semilaboral» (ALEMANY ZARAGOZA, 1994). La posición especial que ocupa el alto directivo en la estructura de la empresa le sitúa en un contexto en el que existe «una identidad socio-cultural entre el titular jurídico y el directivo» (MOLERO MANGLANO, 1995, 27). O, como también se ha dicho, entre el empresario (titular de la empresa) y el personal de alta dirección existe, sin duda, un «parentesco sociológico» que les une más que les separa (MARTÍNEZ MORENO, 1994, 135). Por ello tampoco debe extrañar que se dude de la condición de trabajador que tiene el personal de alta dirección (ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE, 1995).

Este tipo de afinidades se acentúan en el caso de la empresa pública, puesto que aquí la identidad más que socio-cultural es, sencillamente, política. En este caso, el parentesco no es sólo sociológico, sino también político, sindical o, en su caso, de naturaleza personal. La empresa pública tradicionalmente ha sido utilizada como un cauce habitual de provisión de puestos políticos, ya sea a través de la asignación de puestos en los Consejos de Administración, ya sea mediante la cobertura de los puestos directivos, tendencia esta que enlaza con una concepción clientelar del sistema empresarial público (FERNER, 1990, 248).

En cualquier caso, conviene insistir en que el personal de alta dirección en el ámbito empresarial privado sigue siendo, todavía hoy, una excepción. La herencia pretérita de una jurisprudencia aplicada sobre un contexto muy concreto no puede hacer olvidar que actualmente el marco normativo, así como el socioeconómico y organizativo de la empresa, es muy distinto al momento en el cual se elaboró la reiterada doctrina jurisprudencial. Pero la clave tal vez se encuentra en una apuesta decidida por un cambio normativo que adecue la figura de la alta dirección a las funciones propias del estrato directivo profesional en las organizaciones empresariales, evitando de ese modo que la relación laboral ordinaria se vea perturbada por distintos medios.

No cabe olvidar que, en la normativa actual, la figura de los cuadros directivos intermedios es de importancia clave en la estructura directiva de cualquier organización empresarial. Este estrato se caracteriza, también, por evidentes notas de profesionalidad, pero está encuadrado dentro de las relaciones laborales ordinarias; lo cual no es impedimento para que estos directivos, por las funciones que desarrollan, se encuentren mucho más próximos a la cultura de la empresa que a la del trabajo.

D. LA PERSONIFICACIÓN PRIVADA DE LOS ORGANISMOS PÚBLICOS. LA LABORALIZACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO Y LA LABORALIZACIÓN DE LAS FUNCIONES DIRECTIVAS

La personificación privada de organizaciones públicas ha sido una constante durante las últimas décadas de este siglo. Sin embargo, esa huida de las organizaciones públicas hacia el Derecho privado ha sufrido en fechas recientes un cambio cualitativo. Si antaño eran únicamente las actividades empresariales de la Administración (industriales, financieras o comerciales) las que buscaban en el Derecho privado un marco normativo que posibilitara un funcionamiento más ágil y una exención de los controles ordinarios, se ha pasado ahora a desgajar bloques enteros de la Administración Pública, revistiéndolos de formas jurídicas privadas, al menos para sus actividades logísticas (ARIÑO ORTIZ-LÓPEZ DE CASTRO, 1994, 9 y ss.). El punto de inflexión de este proceso se sitúa en la Ley General Presupuestaria de 1977 y, sobre todo, en su reforma a través del Texto Refundido de 1988; ley que procede a la creación de unos entes públicos que se regirán por su propia normativa. En virtud de este proceso se permite que la Administración del Estado desarrolle actividades que extralimitan el campo comercial o industrial, a través de entidades públicas que por ley se ajustan al Derecho privado o por medio de unos indefinidos «entes públicos». Como ha reconocido Garrido Falla, la Ley General Presupuestaria (LGP) llamará «sociedades» a entidades jurídicas que no lo son, y no encontrará un nombre para designar a los misteriosos entes recogidos en el artículo 6.5 de la LGP (GARRIDO FALLA, 1993, 396).

La personificación privada ha irrumpido, como se ha dicho, en el mismo corazón de la Administración Pública: en las funciones propias de la Hacienda, mediante la creación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (ARROYO YANES, 1992, 209; DEL SAZ CORDERO, 1993, 115). Lo cierto es que más de treinta organismos «han experimentado entre 1988 y 1992 una transformación de su naturaleza jurídica» (ARIÑO ORTIZ-LÓPEZ DE CASTRO, 1994, 11). Una de las pretensiones de este proceso -si no la principal- fue la de flexibilizar la gestión, y por lo que a nosotros respecta, la de modificar el régimen jurídico de su personal y la rigidez que el mismo comportaba: se optó por lo que se ha denominado como «privatización formal» (DE LA SERNA BILBAO, 1995, 68), mediante la cual los poderes públicos utilizarán el Derecho laboral en cuanto marco normativo que permite una flexibilidad mayor en la gestión de sus recursos humanos.

La estructura descrita de la Administración institucional ha sido objeto de un cambio de fisonomía a partir de la entrada en vigor de la LOFAGE. Según reconoce la exposición de motivos de esta ley, se ha efectuado una racionalización y actualización de la Administración institucional, consistente en que «se opta, en primer lugar, por una denominación genérica, "Organismos Públicos", que agrupa todas las entidades de Derecho público dependientes o vinculadas de la Administración General del Estado»; y, en segundo lugar, «se distingue después dos modelos básicos: Organismos Autónomos y Entidades Públicas Empresariales». Los primeros se someten al Derecho público, mientras que las segundas son regidas en general, salvo algunas excepciones, por el Derecho privado (art. 41).

Esta regulación modifica las previsiones recogidas en el Texto Refundido de la LGP, según texto aprobado por Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, en particular los artículos 4 y 6, apartados 1 b) y 5. Por lo cual esa nueva estructura sustituirá a la existente hasta ahora, configurada

por los Organismos Autónomos de carácter administrativo, así como los carácter comercial, industrial, financiero o análogo; las entidades de Derecho público [del art. 6.1 b)] de la LGP; y los entes públicos del artículo 6.5 del mismo texto legal. No obstante, la propia LOFAGE prevé un período de adaptación con el fin de que los organismos públicos se adecuen a las previsiones de la ley; este proceso de adaptación -se añade- deberá haber concluido en un plazo máximo de dos años, a partir de la entrada en vigor de la ley (disposición transitoria tercera).

En cualquier caso, las disposiciones adicionales de la LOFAGE recogen un cúmulo de excepciones a la regla general. La aparente desaparición de los «entes públicos atípicos» del artículo 6.5 de la LGP se desvanece cuando se lee la disposición adicional duodécima, pues ésta sanciona de algún modo el fenómeno denominado de las «Administraciones independientes», y permite, asimismo, que a través de una ley se reconozca en un futuro la independencia funcional y un cierto margen de autonomía a determinados organismos públicos. Por otro lado, el Banco de España (adicional octava), las Entidades Gestoras y la Tesorería General de la Seguridad Social (novena), la Agencia Estatal de Administración Tributaria (décima), el Consejo Económico y Social (undécima), y el Organismo Autónomo Correos y Telégrafos (decimotercera), disponen también de un régimen jurídico singular de mayor o menor calado según los casos.

Cabe, por tanto, indicar que, por lo que afecta al régimen jurídico, son, en principio, las entidades públicas empresariales, en cuanto organismos públicos a los que se encomienda la realización de actividades de contenido prestacional (art. 51), las que utilizarán el Derecho privado para estructurar sus respectivos órganos de dirección, de acuerdo con lo que prevean en cada caso los respectivos estatutos (art. 60.2). No obstante, en función de las numerosas excepciones recogidas en las disposiciones adicionales de la LOFAGE, cabe también que otros organismos públicos, en función de sus regímenes específicos, también hagan uso del Derecho privado para regular las relaciones entre su personal directivo y la respectiva entidad.

Esta huida del Derecho administrativo, que tanta atención ha desplegado en la doctrina administrativista, es, como bien se ha reconocido, en cierta medida inútil. La Administración, por mucho que cambie de disfraz, ya se vista de sociedad o con otros ropajes jurídicos, nunca dejará de ser Administración, y por lo tanto estará sometida, cuando menos, al Derecho constitucional y al Derecho comunitario, así como, cuando proceda, al Derecho penal y al privado (BORRAJO, 1993, 236 y ss.; ARIÑO ORTIZ, 1993). Es más, hay que compartir la opinión de que la interpretación de las normas de Derecho privado debe diferir cuando éstas se aplican a la Administración Pública (BORRAJO, 1993, 242): en materia de reclutamiento del personal, es obvio, por ejemplo, que así debe ser. La doctrina *iuspublicista* ha denunciado con reiteración que, en la configuración de determinadas entidades de Derecho público, la huida del Derecho administrativo se ha transformado, en realidad, en un intento de huida del Derecho a secas (SALA ARQUER, 1992, 405).

El hecho cierto es que ese crecimiento desordenado de la Administración institucional, a través de la creación de sociedades estatales, sean de tipo mercantil o sean entes de Derecho público sometidos al Derecho privado, así como de entes públicos «atípicos», ha provocado, en efecto, una mayor presencia de la laboralización en el sector público. Pero ésta es una tendencia que, justo es decirlo, ya venía manifestándose desde hacía algún tiempo.

Efectivamente, la laboralización irrumpe formalmente en la Administración española con la Ley de 1964, y adquiere tintes específicos en 1984, momento en el cual se produce un intento normativo, parcialmente frustrado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987, de generalización de la laboralización en el empleo público. Lo cierto es que, como se ha reconocido, la relación laboral, pese a todo, no había dejado de estar presente en el ámbito de lo público en las últimas décadas (LONGO, 1995, 7). Así se explica que, en estos momentos, se pueda afirmar que casi el cuarenta por ciento de los empleados públicos de las diferentes Administraciones tienen una relación de empleo de naturaleza laboral (LÓPEZ GÓMEZ, 1994, 33). Esta cifra se eleva, según datos del Ministerio de Administraciones Públicas, al cincuenta por ciento en la esfera de la Administración Local.

Por tanto, no cabe afirmar que la laboralización sea consecuencia exclusiva del desordenado proceso de reconversión organizativa en el que se ha sumergido la Administración del Estado a partir de 1988. Es cierto que las Administraciones Públicas, a través básicamente de la creación de entes de Derecho público sometidos al Derecho privado, así como de entes públicos, han procedido a la laboralización de amplios colectivos que se encontraban vinculados a la Administración Pública mediante una relación estatutaria; pero ese proceso se combina, de otro lado, con una presencia cada vez más importante del colectivo laboral en las Administraciones Públicas más tradicionales (principalmente, aunque no de modo exclusivo, en el ámbito de la Administración Local).

A nuestros efectos, es oportuno señalar que la emergencia de la laboralización ha supuesto la aparición de un estrato directivo cada vez más amplio en las organizaciones públicas regido por el Derecho laboral. Dicho de otro modo: la personificación privada ha traído de la mano el Derecho laboral como cauce de flexibilización de las relaciones de empleo en esas organizaciones públicas; y el Derecho laboral ha sido utilizado, como es normal, no sólo en el ámbito de las relaciones de empleo público ordinarias de ese tipo de organismos, sino también para articular una estructura directiva rigida, en algunos casos, por la relación laboral de alta dirección y, en su mayor parte, por cuadros directivos vinculados por una relación laboral común.

E. PECULIARIDADES Y PROBLEMÁTICA DEL PERSONAL DIRECTIVO EN RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO EN EL SECTOR PÚBLICO

a. Los órganos de gobierno de las sociedades y entes públicos: sistema de designación y singularidades frente al sector privado.

Si fijamos inicialmente nuestra atención sobre las sociedades estatales (sociedades mercantiles y entes de Derecho público sometidos a Derecho privado), bien podremos comprobar cómo sus órganos de gobierno y administración no difieren formalmente de los previstos en la mayor parte de empresas privadas configuradas como sociedades anónimas. Las sociedades públicas, por ejemplo, disponen de una organización ejecutiva superior semejante a la existente en el sector privado. La

mayor singularidad orgánica de la empresa pública, apelación por lo demás meramente doctrinal (BISBAL, 1992, 230), estriba en que en muchas de ellas se carece de una Junta General de accionistas que nombre a los miembros del gobierno societario (administradores) y ante la cual éstos deban responder por su gestión (ARIÑO ORTIZ, 1993).

El primer estrato de altos cargos en los entes de Derecho público sometidos al Derecho privado, en algunos entes públicos «atípicos» y en lo que se conoce genéricamente como empresas públicas, lo constituyen, por tanto, el Presidente de la entidad, los vocales que forman parte del Consejo de Administración o del Consejo rector, y, en su caso, los Consejeros Delegados o los Administradores con tareas ejecutivas. El régimen jurídico aplicable a este tipo de relaciones sería el derivado de su legislación propia, el de las normas administrativas que les sean de aplicación (por ejemplo, incompatibilidades), así como complementariamente la legislación mercantil o civil.

La Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958 ya preveía, en su artículo 9.1, que «los Presidentes, Directores, Consejeros, Vocales y el personal directivo de los organismos autónomos *serán designados y separados libremente* y de acuerdo con lo dispuesto en sus respectivas normas fundacionales». Este sistema, de designación libre y también de libre cese, se hizo extensivo a la provisión de los puestos similares en sociedades y entes públicos, acentuando así el carácter instrumental de todas estas entidades en relación con el ente matriz o, si se prefiere, con la Administración Pública de la que dependían (GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 1993, 395).

Así, el Presidente de esas entidades era (y es) nombrado, por regla general, discrecionalmente por el Gobierno (a propuesta del Ministro del ramo) o, en su caso, por el Ministro competente. Y para el cese del Presidente también se aplicaba (y se aplica) el mismo procedimiento discrecional. De ese modo, por ejemplo, se nombra el Presidente del Ente Público Aeropuertos Españoles (véase: art. 23 del R.D. 905/1991, por el que se aprueba el Estatuto del Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea). Se trata, por tanto, de un nombramiento estrictamente político, sin perjuicio de que recaiga en personas de acreditada trayectoria profesional; en este caso, lo importante a efectos de calificación del sistema es *cómo* se designa no *a quién* se designa.

Tampoco en este punto la LOFAGE ha cambiado sustancialmente las cosas. El cambio es más bien de decorado. En su artículo 60, la ley prevé que serán los estatutos de los Organismos Autónomos y entidades públicas empresariales los que, por un lado, determinen los máximos órganos de dirección, así como su forma de designación, y, por otro, establezcan la configuración de los órganos colegiados, si los hubiere. Al aprobarse esos estatutos por Real Decreto del Consejo de Ministros, a iniciativa del titular del Ministerio al que se adscriban, es tanto como decir que es el Gobierno quien fijará los órganos directivos y su modo de designación. Aun así, del propio contenido de la ley se pueden extraer algunas directrices. En efecto, prescindiendo ahora de las excepciones recogidas en las disposiciones adicionales ya citadas, la LOFAGE establece que, en el caso de las entidades públicas empresariales, «el personal directivo ... será nombrado con arreglo a los criterios establecidos en el número 10 del artículo 6 de esta Ley, atendiendo a la experiencia en el desempeño

de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada». Conforme luego indicamos, el nombramiento de ese personal directivo sigue, pues, imbuido por la discrecionalidad política, que en nada se ve afectada por la genérica exigencia de una «experiencia» que ni siquiera se expresa en términos temporales. Volveremos sobre el tema.

Por otra parte, según el Acuerdo del Consejo de Ministros formalizado a través de la Resolución de 27 de diciembre de 1993, los Presidentes de los entes y entidades de Derecho público a que se refiere el artículo 6.1 a) y 5, de la LGP, no pueden percibir indemnización alguna por el cese en el cargo que ocupan. Cosa que no ocurre cuando se trata de Presidentes de sociedades mercantiles, a los que sí se les admite la percepción de indemnizaciones por cese (véase: punto primero, 3, del Acuerdo citado) (MARTÍNEZ MORENO, 1994-b). De otro lado, el *status* de estos Presidentes, por lo que concierne al régimen de incompatibilidades, se asimila al de los «altos cargos» (art. 1.2 de la Ley 12/1995).

La composición de los Consejos de Administración (u órganos rectores similares) viene prevista normalmente en la norma correspondiente que crea el ente público o sociedad pública mercantil (o, en su defecto, en las normas de desarrollo). Los vocales de los Consejos de Administración de este tipo de entidades son, asimismo, designados y cesados por criterios estrictamente políticos: habitualmente, son los Ministros competentes (o el Gobierno) quienes nombran discrecionalmente a la totalidad de esos consejeros. Éste es el sistema que se prevé, por ejemplo, en el Estatuto de RENFE (art. 14 del R.D. 121/1994, de 28 de enero; véase, otros ejemplos en arts. 9.2 y 15.2 de la Ley 5/1996, de 10 de enero, sobre la Agencia Industrial del Estado y la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales).

También hay que dejar constancia cómo en los Consejos de Administración (o en los órganos colegiados de similar naturaleza) de las empresas públicas con más de mil trabajadores, se sientan además dos representantes sindicales que tienen «el mismo nivel e información que el resto de los consejeros, cosa que no sucede en las empresas privadas» (CUENCA VALDIVIA, 1991, 281). En la empresa pública los sindicatos gozan de una mayor capacidad de presión, debido básicamente a la debilidad negociadora que muestran habitualmente los responsables políticos y altos directivos de la entidad, que prefieren siempre llegar a acuerdos, aunque éstos sean gravosos para el erario, que someterse a una práctica de confrontación y correlativo desgaste. Este dato se ve fortalecido, sin duda, por la fuerte sindicalización que caracteriza a las empresas públicas que, como se ha dicho, se encuentran normalmente a la cabeza de los avances sociales (FERNÁNDEZ, 1985, 118).

La importancia del Consejo de Administración radica, a nuestros efectos, en que es normalmente este quien, a propuesta del Presidente, designa y remueve al personal de alta dirección de esas entidades. Lo cierto es que mediante el control político de los nombramientos de los miembros del Consejo de Administración, se ejerce a su vez un férreo control de la estructura directiva alta y, según veremos también, intermedia de las sociedades estatales y entes públicos que disponen de una estructura personal laboralizada, sea total o parcialmente. La doctrina ha puesto de relieve la importancia de este dato para amortiguar la autonomía aparente de estas entidades (GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 1993; ARIÑO ORTIZ-LÓPEZ DEL CASTILLO, 1994).

La politización, pues, del sistema de designación (y de cese) de los cargos de vocales en los Consejos de Administración de las sociedades estatales y entes públicos, es una realidad evidente en todo el sector público. Un esquema de politización que hunde sus raíces, no obstante, en la tradicional configuración de una red de clientelas que siempre ha rodeado a los puestos públicos en España. Este mecanismo de provisión clientelar fue utilizado durante el sistema político franquista, etapa en la cual los Consejos de Administración de las empresas públicas fueron utilizados corrientemente como moneda de pago a los servicios prestados al régimen, recayendo muchas veces los nombramientos sobre altos cargos o altos funcionarios. Esta concepción patrimonial, enormemente estrecha, de la empresa pública es, en cualquier caso, la que heredará y asumirá acriticamente el sistema político democrático a partir de 1978; es decir, los mandatarios políticos del período democrático no harán otra cosa que repetir los roles tradicionales que habían rodeado la emergencia de la empresa pública en España, particularmente en todo lo que afectaba al nombramiento de los Presidentes, miembros de los Consejos u órganos similares. De ahí que, por parte de un sector doctrinal, se haya propuesto una mayor intervención de los órganos representativos (básicamente del Parlamento) en los procesos de designación de los consejeros y directivos de esas entidades, así como un mayor control de sus actividades por parte de las diferentes fuerzas políticas (ARIÑO ORTIZ, 1993). La intervención del Parlamento sí que está prevista, en cambio, en relación con algunos entes públicos que se denominan Administraciones independientes (GARCÍA LLOVET, 1993, 104-105; véase, asimismo, arts. 10.2 y 24.1 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, sobre Autonomía del Banco de España).

En la actualidad, sin embargo, estos vocales del Consejo de Administración perciben únicamente dietas por razón de la asistencia a los diferentes Consejos, aunque en ciertos casos se indica que los miembros de estos órganos percibirán «compensaciones económicas» por la asistencia a las reuniones de los Consejos (véase, por ejemplo, el art. 22 del R.D. 121/1994, por el que se aprueba el Estatuto de RENFE). No obstante, con el fin de evitar abusos precedentes se prevén una serie de limitaciones. Así, sólo pueden pertenecer, salvo excepciones, a un máximo de dos Consejos de Administración, pero no podrán percibir dietas por la pertenencia al tercero o sucesivos Consejos de Administración.

Por último, en algunas entidades públicas se contempla la figura del Consejero Delegado o, en su caso, de Administradores que desarrollan funciones ejecutivas. Este tipo de altos cargos de estas entidades son nombrados por el Consejo de Administración de la sociedad estatal o ente público en cuestión. Un órgano de este carácter está previsto, por ejemplo, en la Sociedad Estatal «Paradores de Turismo de España» (art. 81, dos, 4, de la Ley 4/1990). En verdad, un Consejero Delegado en una empresa pública, siempre y cuando tenga funciones ejecutivas, se asemeja bastante al personal de alta dirección. A los Consejeros Delegados de las sociedades estatales se les puede reconocer una indemnización por cese, en los términos previstos en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de diciembre de 1993. Así, por ejemplo, en empresas dependientes del Ministerio de Defensa, en 1993, se reconocía la existencia de dos Consejeros Delegados con «contratos blindados», uno en la Empresa ISDEFE y el otro en la Empresa INSA (BOCG, Congreso, V Legislatura, Serie D, 10 de enero de 1994, núm. 40, pág. 147).

Paradójicamente, a pesar de haberseles otorgado funciones ejecutivas en las sociedades estatales, la Ley 12/1995, siguiendo la tradición marcada por la Ley 9/1991, no incluye ni a los Consejeros Delegados ni a los Administradores dentro del ámbito de aplicación de las incompatibilidades en el sector público, pues limita éstas a quienes desempeñen únicamente el cargo de Presidentes «de las sociedades mercantiles en que el capital sea mayoritariamente de participación estatal», y siempre que éstos «sean designados previo acuerdo del Consejo de Ministros o por sus propios órganos de gobierno».

Una situación similar a la descrita se produce, asimismo, en las Comunidades Autónomas, pues la práctica totalidad de ellas se ha rodeado de una red de entidades públicas instrumentales y de sociedades mercantiles con el fin «de hacer frente a necesidades puntuales de prestación de determinados servicios o de mejora de la agilidad en la gestión sectorial» (FONT I LLOVET, 1994, 517). Este sector público autonómico ha crecido con inusitada fuerza, obviamente en unas Comunidades con más intensidad que en otras (LAGUNA DE PAZ, 1995, 71 y ss.). Traigamos dos ejemplos a colación: Cataluña y el País Vasco.

Por lo que afecta a Cataluña, el crecimiento de la Administración institucional y del sector público empresarial autonómico ha sido importantísimo desde sus inicios. La regulación de esta materia se ha llevado a cabo, básicamente, a través de la Ley 19/1982, de Finanzas Públicas de Cataluña, y de la Ley 4/1985, de 25 de marzo, que regula el Estatuto de la Empresa Pública. En 1992, por ejemplo, existían en Cataluña 9 Organismos Autónomos de carácter comercial, industrial o financiero, 15 entidades de Derecho público sometidas al ordenamiento jurídico privado, 12 sociedades anónimas, además de las entidades gestoras de la Seguridad Social y la Corporación catalana de Radio y Televisión (FONT I LLOVET, 1993, 257-258). Según otra fuente, el total de sociedades anónimas y entidades de Derecho público sometidas a Derecho privado alcanzaba el número total de 39 en 1993 (FLORENSA PALAU, 1994, 35-36). Allí donde la personificación ha sido privada, se reproduce la situación descrita en el caso de la Administración del Estado: el Presidente y los miembros de los correspondientes Consejos de Administración son designados por el Gobierno, y esas entidades disponen, asimismo, de un Director General también designado libremente por el órgano político competente (FONT I LLOVET, 1992, 401). Hay que poner de relieve que, en lo que afecta al régimen de incompatibilidades, la situación de todos los cargos citados de las empresas públicas y entes públicos de Cataluña se asimila a la de los «altos cargos», tal y como prevé el Decreto 261/1992, de 24 de noviembre, de la Generalidad.

Por otra parte, en la Comunidad Autónoma del País Vasco, el Decreto Legislativo 1/1988, de 17 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes sobre Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco, en su artículo 7 especifica cuáles son las entidades que conforman la Administración institucional de la Comunidad Autónoma. Y allí, en su apartado b), se prevé que los entes institucionales que se rigen fundamentalmente por el Derecho privado son de dos clases: i) entes públicos de Derecho privado; ii) sociedades públicas. Los primeros se crearán por Ley (art. 16), mientras que las segundas lo podrán ser por Decreto (art. 20.3). Según el artículo 1 de la Ley 32/1983, de incompatibilidades por el ejercicio de funciones públicas en la Comunidad Autónoma del País Vasco, los altos cargos o asimilados de los entes institucionales

les, así como el personal de las sociedades públicas, entraría en el ámbito de actuación de la norma, aunque cabe razonablemente la duda de que esto sea realmente así, pues la ley no se refiere expresamente ni a los Presidentes, ni a los administradores, ni a los directivos de esas sociedades públicas. Del mismo modo, la Ley 14/1988, de Retribuciones de Altos Cargos, contempla distintas previsiones que afectan a los puestos directivos de las sociedades públicas y entes públicos de Derecho privado, en lo que se refiere al régimen de retribuciones, donde se prevé un sistema de incentivos en función de los resultados de la gestión (art. 4.2) e indemnizaciones por cese (art. 6).

Por tanto, en algunas Comunidades Autónomas la proliferación de sociedades públicas y otras entidades con personificación privada, ha generado una reproducción del esquema estatal en pequeña escala: Presidentes de sociedades y entes públicos, Consejos de Administración, Consejeros Delegados y Administradores, han sido todos ellos órganos de provisión con estrictos criterios políticos. Aquí, también, la composición del nivel de gobierno y administración de esas entidades ha marginado los criterios de profesionalidad y dejado en manos de la discrecionalidad política la composición de sus órganos. Ni que decir tiene que en la Administración Local se ha hecho otro tanto de lo mismo: las sociedades mercantiles de ámbito local, aunque con algunos matices de interés, reproducen fielmente el mismo esquema (ALONSO UREBA, 1988; BISBAL, 1992).

En conclusión, la estructura de gobierno y administración de las sociedades públicas y entes de Derecho público sometidos a Derecho privado ofrece una imagen fuertemente politizada desde la perspectiva de formación de sus órganos de administración y gestión. La quiebra de la representatividad, característica peculiar de esos órganos de gobierno de las sociedades públicas, apenas deja margen alguno a la introducción de criterios profesionales, y los respectivos estratos de Presidente, Vocales, Consejeros Delegados, etc., se nombran y cesan por la voluntad exclusiva de los políticos del momento. Mediante este sistema se pretende conseguir, en efecto, un sólido control político de este tipo de entidades que, a pesar de estar constituidas con personalidad propia, penden en última instancia de las directrices marcadas por las instancias políticas que procedieron a la designación de los miembros que conforman sus órganos rectores.

Un estudioso británico, que ha analizado el caso de RENFE y, en general, la empresa pública española, confrontándolo con la situación británica, puso de manifiesto que en España imperaba (y, en concreto, en el caso de RENFE) una «cultura de la empresa pública muy politizada», politización que se había acentuado durante la etapa socialista; esta cultura -añadía- se encontraba muy distante de la dominante en el Reino Unido, que giraba en torno a valores de profesionalidad y gerenciales (FERNER, 1990, 248). La situación descrita contrasta, sin embargo, con los datos y el diagnóstico realizado por la Comisión Nolan, donde se ha puesto de relieve el alto grado de politización en los nombramientos de los órganos ejecutivos y colegiados de los *Quangos* o entidades institucionales. En este ámbito, según la Comisión, los Ministros disponen de miles de puestos (aunque de muy diferente importancia) que cubren discrecionalmente y, en muchos casos, entre personas de la órbita política del partido gobernante. Así se expresa la Comisión Nolan: «Hemos recogido numerosos testimonios orales y escritos en el sentido de que un número excesivo de cargos se cubren con afiliados del partido conservador, ex candidatos o personas que han donado dinero al partido»; con ello se consigue recompensar su lealtad, garantizar el seguimiento de la política gubernamental y evi-

tar la crítica a los Ministros. El Informe apuesta por una selección más sesgada hacia el mérito, sin perjuicio de que la eficacia de esos órganos directivos requiere un compromiso con los objetivos de la institución (INFORME NOLAN, 1996, 72 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, 1996, 86 y ss.).

Por lo que concierne a España, los Consejos de Administración, a imagen y semejanza de la etapa franquista, están ahora también llenos de altos cargos y de miembros del partido en el poder; de ahí que lo que se pretenda fomentar con este modo de actuar sean más actitudes de fidelidad que criterios de gestión. Como se ha reconocido acertadamente, la presencia en los altos cargos empresariales en el sector público español requiere «más pericia política que puramente empresarial» (FERNER, 1990, 71).

De hecho, como no podía ser de otro modo, la «lógica» del sistema se ha impuesto en el último cambio de Gobierno acaecido a raíz de las elecciones legislativas del 3 de marzo de 1996. La remoción de los miembros de los Consejos de Administración o de los Consejos rectores, la sustitución de Presidentes, Consejeros Delegados y Administradores de las sociedades y entes públicos, ha estado a la orden del día. Aquellas personas que fueron nombradas por el Gobierno socialista han dejado paso a las designadas por el Partido Popular. No hay que echarse las manos a la cabeza, porque el sistema, lisa y llanamente, estaba diseñado para que esto ocurriera. Lo perverso no es que lo haya hecho el Partido Popular, o que en su día lo hiciera el PSOE, lo verdaderamente nocivo es que el sistema se apoya sobre las bases de la *ocupación* de la Administración institucional por el partido en el poder.

En este sentido, ha sido una práctica común, realizada tanto por los Gobiernos socialistas como por el popular, nombrar altos cargos para los Consejos de Administración de empresas en las que participa el sector público. Esta medida, que fue criticada en su día por el Partido Popular, se ha venido practicando por el nuevo Gobierno sin ningún pudor. Así lo expresaba gráficamente el Ministro Rajoy, en respuesta a una pregunta parlamentaria: «Nosotros hemos procedido al nombramiento de altos cargos porque había una ley aprobada en el año 1995, que está en vigor, y que habilita para que los altos cargos formen parte de los Consejos de Administración de las empresas públicas. Lo que está haciendo el Gobierno en este momento -añadía el Ministro- es sustituir a los altos cargos nombrados por el Gobierno socialista por altos cargos nombrados por el Gobierno del Partido Popular, *porque tendría su gracia que al frente de estas responsabilidades estuvieran miembros del anterior Gobierno, con lo cual el actual no podría aplicar su política*» (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, año 1996, VI Legislatura, núm. 14, pág. 532). Como puede advertirse, con las actuales reglas de juego la profesionalización de los órganos de gobierno de las sociedades y entidades públicas no pasa de ser un pío deseo.

De todos modos, la composición política de los Consejos de Administración en las entidades y sociedades públicas no parece ser un argumento definitivo del control efectivo de la respectiva entidad por las instancias políticas. Se ha discutido, no sin razón, el papel que desempeñan, por ejemplo, los Consejos de Administración en la empresa pública, puesto que, dado el carácter peculiar de las sociedades públicas, los directivos pueden desarrollar una fuerte influencia sobre los Consejos,

hasta el punto de transformar a éstos en meras estructuras decorativas que se reúnen cada cierto tiempo para formalizar determinados acuerdos (FERNÁNDEZ, 1992, 112). Salvo en aquellas entidades en las que el Presidente asume efectivamente funciones ejecutivas, o existe la figura del Consejero Delegado, lo normal es que las piezas maestras en el ámbito de la dirección de la entidad sean, por un lado, el órgano designante (es decir, el órgano político), y, por otro, el directivo público.

b. El personal de alta dirección y el resto de cuadros directivos en régimen laboral en el sector público.

1. Introducción: los directivos públicos en régimen de Derecho laboral en el sector público.

La huida hacia el Derecho privado a la que antes nos referíamos, vehiculada principalmente por la transformación de unidades administrativas u organizaciones públicas en Organismos Autónomos de carácter comercial (el caso de Correos), sociedades estatales o entes públicos, se ha justificado en la búsqueda de instrumentos de mayor flexibilidad organizativa y funcional, entre los que siempre se ha barajado el paradigma de la legislación laboral como herramienta más dúctil frente a la rigidez del estatuto de funcionarios (MONTROYA MARÍN, 1996, 560 y ss.).

La utilización del Derecho laboral por parte de determinados organismos públicos ha supuesto también la aplicación de ese régimen jurídico a las tareas directivas en esas entidades. Los contratos de alta dirección, así como la relación laboral ordinaria, han sido fórmulas empleadas con profusión por las sociedades públicas y entes de Derecho público como cauce habitual de vinculación jurídica de su personal directivo. No obstante, en su aplicación al campo del sector público, esas relaciones sufrirán algunas modulaciones que en su momento expondremos.

Ciertamente, el crecimiento de la Administración institucional y del sector público empresarial, así como el empleo creciente del Derecho del Trabajo en la Administración Pública, ha producido un notable incremento del número de directivos públicos regidos por la normativa laboral. Según datos de 1994, la Administración institucional del Estado (Organismos Autónomos, sociedades estatales y entes públicos) disponía de unos efectivos que se aproximaban al medio millón de empleados públicos (sin contar la Seguridad Social, pues sumando el personal de ésta se superaban los setecientos mil). De esa cifra, pertenecían a sociedades estatales y entes públicos trescientas cincuenta mil personas. En la inmensa mayoría de esas entidades (con algunas excepciones, tales como el caso de ciertos entes públicos), ese personal se encontraba vinculado con una relación de Derecho laboral.

En lo que concierne a los directivos públicos de esas entidades, según datos de 1994, el estrato de directivos públicos de las sociedades estatales y entes públicos alcanzaba el número de *tres mil trescientas setenta y tres personas*. En esa cantidad total de directivos había que incluir tanto al personal de alta dirección, en sentido estricto, como a los directivos regidos por una relación laboral ordinaria. En realidad, no resulta fácil desglosar esas 3.373 personas que en 1994 ocupaban puestos

directivos en el sector público empresarial y entes públicos del Estado. En primer lugar, por las oscilaciones a las que esta cifra absoluta está sometida; pues en 1993, por el contrario, el número de directivos de esas mismas entidades alcanzaba la cifra de 4.152, lo que representó una tasa de disminución del 18,7 por ciento en el período de un año. En segundo lugar, no resulta tampoco fácil conocer con exactitud cuántos de esos directivos tenían, por aquellas fechas, contratos de alta dirección, y cuántos disponían de contratos laborales ordinarios, pues como veremos inmediatamente los datos sobre esta cuestión son en exceso fragmentarios, debiendo subrayar también la escasa transparencia que muestra la Administración para su conocimiento.

Por aportar un ejemplo, en el ámbito de la antigua sociedad estatal del INI (hoy parcialmente reconvertida en la Agencia Industrial del Estado), se agrupaban 53 empresas directas en el *holding* y más de 150.000 trabajadores, calculándose el número total de directivos, en 1991, en una cifra superior a 600, con una media de edad de 48 años y una antigüedad media en el ente de 13 años (CUENCA VALDIVIA, 1991, 279-280). Pero tampoco este dato nos refleja el tipo concreto de relación jurídica que tenía ese personal directivo; es decir, si se trataba de un contrato de alta dirección o, en su caso, de una relación laboral ordinaria.

En todo caso, los datos aportados nos alumbran sobre la verdadera importancia del fenómeno que estamos analizando: una estructura directiva del sector público estatal en régimen laboral que agrupa a un universo de más de tres mil personas, cantidad a la que habría que sumar el nada menos apreciable sector público de algunas Comunidades Autónomas y de la Administración Local, donde posiblemente puedan detectarse varios miles más de directivos públicos en régimen de Derecho laboral. Toda esta estructura directiva tiene un rasgo común, y no es otro que la diferencia que se establece entre directivos y empleados públicos. La diferencia estriba en que todo ese estamento directivo (personal de alta dirección y cuadros intermedios laborales) se encuentra *separado* orgánicamente del resto de personal laboral de la entidad correspondiente; y, asimismo, se trata, en ambos casos, de niveles para cuya cobertura es determinante, por lo común, la confianza política.

Si detenemos nuestra atención sobre el contrato de alta dirección, podemos detectar cómo esta figura contractual ha sido empleada frecuentemente por el sector público en los últimos años. No disponemos de cifras absolutas al respecto, pero según unos datos que hemos podido extraer de fuentes parlamentarias, se puede advertir que el número de contratos de alta dirección en la Administración del Estado ha adquirido unas dimensiones de importancia nada desdeñable.

Algunos ejemplos nos ilustrarán lo expuesto. Todos los datos que a continuación se exponen son de finales de 1993, y la fuente de la que se han obtenido es del *Boletín Oficial de las Cortes Generales* y, más en concreto, de respuestas escritas del Gobierno a distintas preguntas parlamentarias planteadas por la oposición. Así, en RTVE existían un total de 56 contratos de directivos públicos con cláusula «de blindaje»; contratos que, según el artículo 2 del convenio colectivo del ente público, hay que considerar como «contratos de alta dirección» (*BOCG, Congreso, V Legislatura, Serie D, núm. 21, 294-295*). En la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI) se viene utilizando esa modalidad contractual de alta dirección para cubrir los puestos de Coordinador General de Cooperación Española en diferentes Oficinas Técnicas: así, en la fecha indicada, había 17 con-

tratos suscritos con ese carácter (*BOCG, Congreso, V Legislatura, Serie D, núm. 40, 173-174*). El Ministerio de Asuntos Sociales reconocía haber suscrito 53 contratos de alta dirección, 51 de los cuales correspondían a Centros del INSERSO y 2 al Instituto de la Juventud (*BOCG, Congreso, V Legislatura, Serie D, núm. 40, 174*). En el Ministerio de Sanidad, los contratos de alta dirección -como luego tendremos ocasión de detallar- han sido abundantes, debido sobre todo a que los hospitales gestionados por el INSALUD han empleado esa fórmula contractual para cubrir los puestos de naturaleza directiva. De ese modo, en 1993, se reconocían 248 contratados «fuera de convenio» en el Ministerio citado, de los cuales 217 pertenecían al INSALUD. En el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente sólo se reconocía la existencia de un contrato de alta dirección, como era el de Director de Área de Comunicaciones e Imagen, en la Secretaría General de Comunicaciones, y otros 8 más en Correos y Telégrafos. Por su parte, en las sociedades estatales -sociedades mercantiles y entidades de Derecho público- siguientes: Retevisión, Hispasat, SA, Enatcar; el Ente Público Puertos del Estado y los 27 Entes Públicos Autoridades Portuarias; Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima; RENFE; FEVE; Ente Público AENA y SEPES, se contabilizaron 140 contratos entre los especiales de alta dirección y los ordinarios con cláusula indemnizatoria (*BOCG, Congreso, V Legislatura, Serie D, núm. 40, 176-177*).

Obviamente, la relación anterior no es sino una pequeña muestra de la realidad del fenómeno; pues a esas cifras habría que añadir los diferentes Ministerios que no se recogen en el listado anterior, como por ejemplo Industria y Energía (donde se reconocían 108 situaciones fuera de convenio) o Defensa, así como el personal de alta dirección de la Agencia Industrial del Estado y de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, y de otras entidades públicas. Del mismo modo, un cuadro completo del problema sólo lo podríamos obtener a través del análisis de las diferentes Comunidades Autónomas, tarea que extralimita con mucho los límites de este trabajo.

De otro lado, hay que poner de relieve que el personal de alta dirección se ve excluido, como es obvio, de los diferentes convenios colectivos suscritos entre esas entidades públicas y la representación de los trabajadores. Algunos convenios colectivos se refieren expresamente a esta exclusión. Así, por ejemplo, en el artículo 2 del X Convenio Colectivo del Ente Público RTVE, publicada por Resolución de 8 de marzo de 1994 (*BOE* de 25 de marzo de 1995).

Pero esa exclusión no se limita únicamente al personal de alta dirección, sino que, por lo general, se hace también extensiva a todo el personal directivo de la respectiva entidad. En efecto, si examinamos algunos convenios colectivos correspondientes a determinadas entidades de Derecho público, bien podremos observar cómo se excluye del radio de acción de la negociación colectiva todo lo concerniente al personal directivo. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en FEVE, cuyo artículo 2 de su XII Convenio excepciona de su ámbito al personal «de estructura de dirección», así como aquel otro que tenga pactadas condiciones especiales (*BOE* de 6 de mayo de 1994, núm. 108). Las exclusiones, en ciertos casos, son sumamente detalladas, como en el supuesto de RENFE, donde se especifican todos los puestos directivos a los que no afecta el convenio (véase: cláusula 1.^a del XI Convenio Colectivo de RENFE, *BOE* de 26 de agosto de 1995, núm. 204). Mientras que en otros convenios se ha optado por indicar a partir de qué niveles orgánicos los puestos se consideran directivos y, en consecuencia, al margen de las condiciones pactadas en aquéllos. Un ejemplo de esto lo

tenemos en el I Convenio Colectivo de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias, en el que se determina que el ámbito personal de esa norma no alcanza «a los puestos de trabajo de nivel de Jefe de Unidad y Superiores» (I Convenio Colectivo de Puertos del Estado, *BOE* de 31 de agosto de 1995, núm. 208).

2. La estructura del personal directivo en régimen laboral en el sector público: algunos ejemplos.

Las entidades públicas que tienen personal vinculado a través de una relación laboral, sea ésta especial u ordinaria, disponen de una estructura directiva más o menos desarrollada según los casos. Una estructura en la que efectivamente se aúnan los dos regímenes indicados. Un ejemplo concreto de estructura directiva en la que se combina el personal de alta dirección con el personal en régimen laboral común, lo tenemos en el caso de RENFE. Allí se recoge una cúpula directiva que se articula en tres grandes estratos:

- a) Alta Dirección, donde se incluyen los puestos de primer nivel de responsabilidad (dependientes del Presidente, Vicepresidente o Director General) y los Directores Gerentes de Unidades de Negocio;
- b) Dirección, que agrupa a los puestos de primer nivel de responsabilidad en cada Dirección General, órgano corporativo, o unidad de negocio; y
- c) Cuadros superiores, que configuran este grupo los puestos así designados por la Dirección.

La característica común a todos ellos es que, sin perjuicio de la naturaleza laboral de la relación, están expresamente excluidos del ámbito del Convenio Colectivo (cláusula 1.ª, del XI Convenio Colectivo de RENFE, *BOE* de 25 de agosto de 1995).

Otro caso de estructura directiva desarrollada por las normas es la prevista para la Sociedad Estatal de «Aeropuertos Españoles y de Navegación Aérea». Esta sociedad, según sus estatutos (aprobados por R.D. 905/1991), dispone de una figura facultativa de Director General del Ente, de dos Directores Generales de las Unidades de Gestión Diferenciada (de Aeropuertos Españoles y de Navegación Aérea, respectivamente). Estos tres cargos directivos representan la estructura directiva superior, por debajo del Presidente del ente público y del Consejo de Administración. Pero junto a ellos el estatuto prevé la figura de los Directores de Aeropuerto y de los Directores de Región.

Un supuesto singular lo representa el Organismo Autónomo comercial de Correos. El artículo 99 de la Ley 31/1990 preveía que el Organismo Autónomo podría proceder a la contratación laboral de personal para cubrir los puestos de dirección técnica y administrativa. De hecho, el convenio colectivo posterior a esa ley, que se celebró para el personal de la Secretaría General de Comunicaciones, publicado por Resolución de 12 de agosto de 1991, establecía en su artículo 4.º que «el personal

laboral que pudiera ser contratado de conformidad con lo que establezcan las relaciones de puestos de trabajo, para desempeñar puestos de trabajo de dirección técnica (y) administrativa ... se regirá por lo que se establezca en el desarrollo normativo de la mencionada ley». Hemos visto ya cómo a partir de la reorganización de Correos se han contratado ocho directivos con el carácter de personal de alta dirección, a ellos habría que unir, según datos que aporta Silvia Del Saz, cien directivos más con la (dudosa) calificación, según esta autora, de «altos cargos» (DEL SAZ, 1994, 65). El supuesto de Correos constituye un caso especial, debido a la funcionarización de una parte importante, cuadros directivos incluidos, de su personal. De hecho, en fechas recientes se ha aprobado el Reglamento de Personal al Servicio del Organismo Autónomo Correos y Telégrafos (R.D. 1638/1995, de 6 de octubre) en el que se reservan para su provisión por el sistema de libre designación entre funcionarios los puestos de Subdirectores Generales, Vocales Asesores, Jefes de Área, Directores Territoriales, Jefes Provinciales y demás de carácter directivo (art. 38). Correos constituye, pues, un ejemplo en el que se entremezclan en el nivel directivo distintos regímenes jurídicos, desde el laboral especial hasta el directivo-funcionario. Esta confusión de regímenes jurídicos en los estratos directivos no deja de plantear problemas específicos, en cuanto que los niveles jerárquicos superiores están cubiertos por personal de alta dirección sujeto a una relación laboral especial, mientras que los cuadros intermedios son puestos de carácter funcional. No cabe duda de que, en este caso, la aplicación del principio de jerarquía en este tipo de organizaciones puede ofrecer algunos puntos de difícil encaje.

3. Selección y provisión de puestos directivos en régimen laboral en el sector público español.

Tal vez sean éstos los aspectos más significativos del régimen jurídico laboral de los directivos públicos en España. Aquí las singularidades, sobre todo en el caso de la selección, son manifiestas en relación con la empresa privada. Pero lo más llamativo, como inmediatamente veremos, radica en que, en puridad, no existe un sistema de selección de directivos públicos en régimen laboral en el sector público español. Salvo casos contados, los directivos públicos se reclutan a través de criterios muy amplios de discrecionalidad política que están, en ocasiones, muy alejados de los requerimientos profesionales exigidos para el desempeño de tales puestos.

Y para comprobar la afirmación anterior nada mejor que examinar algunas previsiones normativas, en nuestra opinión de más que dudosa constitucionalidad, que aparecen reproducidas en diferentes normas de rango y aplicación diversa. El estrato directivo de la Sociedad Estatal de Aeropuertos Españoles se encuentra excluido, según su propio estatuto, de la aplicación de determinados principios que deben inspirar la selección del resto de personal de la sociedad. Así, en su artículo 63 se establece literalmente la siguiente previsión: «La selección del personal al servicio del ente público se hará de acuerdo con sistemas basados en los principios de mérito y capacidad, y con excepción del personal directivo, mediante convocatoria pública». En los estatutos de la sociedad se prevé que será el Consejo de Administración quien, a propuesta del Presidente, nombrará los Directores Generales de las unidades diferenciadas; mientras que será el propio Presidente quien nombre a los Directores de Aeropuertos y a los Directores de Región. El

personal directivo vendría delimitado, pues, por el Presidente, los Directores Generales y Directores corporativos de AENA, así como por aquellos directivos que dispongan de contratos de alta dirección [art. 2.1 b) del convenio colectivo del ente público, aprobado por Resolución de 8 de julio de 1994; Ar. 1658].

Resulta sorprendente que al personal directivo se le exceptúe, en todo caso, de los procedimientos de selección basados en los principios de mérito y de capacidad, y de la libre concurrencia, mientras que al resto de personal se les exija el cumplimiento de tales requisitos. Bien es cierto que tal y como está redactado el precepto cabría una interpretación en virtud de la cual los principios de mérito y capacidad sí que serían exigibles a los directivos, pero no lo sería, por el contrario, la selección por convocatoria pública. Esta lectura no deja de ser absurda, pues si no se admite la publicidad de las convocatorias, difícilmente se podrá garantizar la libre concurrencia y, por tanto, garantizar la efectiva aplicación de los principios de mérito y capacidad. En consecuencia, tales principios cederían en el caso que estamos analizando, dándose prioridad única y exclusivamente a criterios exógenos al mérito y a la capacidad; es decir, a factores discrecionales en la provisión de esos puestos directivos. Una redacción parecida, aunque no idéntica, a la anterior, se recoge en el artículo 9 de la Ley 21/1991, del Consejo Económico y Social, ente público de los recogidos en el artículo 6.5 de la LGP. Allí se afirma que «la selección del personal, *con excepción del de carácter directivo*, se hará mediante convocatoria pública y de acuerdo con sistemas basados en los principios de mérito y capacidad».

Pero estos supuestos no son, pese a lo que pudiera pensarse, una excepción. La Ley 27/1992, de Puertos del Estado, prevé en sus artículos 34.2 y 52.2 que la selección del personal del Ente Público «Puertos del Estado» y de las «Autoridades Portuarias», respectivamente, «se hará de acuerdo con sistemas basados en los principios de mérito y capacidad, y, *con excepción del personal directivo o de confianza*, mediante convocatoria pública». Como se puede observar, la redacción es prácticamente idéntica a las anteriores, aunque aquí se suma al personal directivo el que se considera de «confianza», excluyéndose también a este colectivo de la exigencia de los principios de mérito y de capacidad. Al personal directivo del ente público lo nombra el Consejo Rector, a propuesta de su Presidente [art. 28.2 d)], mientras que al personal directivo de las Autoridades Portuarias lo nombra el Consejo de Administración respectivo, también a propuesta del Presidente de la entidad [art. 40.3 d)].

El reclutamiento del personal directivo de RENFE se encuentra inspirado en los mismos criterios. El artículo 56 de su estatuto, aprobado por Real Decreto 121/1994, también reproduce la cláusula de excepción que acabamos de ver en los dos ejemplos anteriores: «La selección del personal al servicio de RENFE se hará de acuerdo con los sistemas basados en los principios de mérito y capacidad, igualdad y, *con excepción del personal directivo*, mediante convocatoria pública». En este caso, el matiz se encuentra en que aparece un nuevo principio, el de igualdad, que tampoco cabe aplicarlo a los directivos públicos de RENFE.

Esta normativa, sumariamente descrita, ha inspirado, sin duda, la redacción del artículo 53 de la LOFAGE (que, además, en este punto reproduce la regulación del proyecto socialista). Allí, como decíamos antes, se recoge que el personal directivo deberá ser reclutado atendiendo a la experiencia

en el desempeño de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada. La forma de designación se establecerá en los propios estatutos, tal como establece el artículo 60.1.a) de la misma ley. Pero de la dicción de la ley se puede extraer perfectamente que esa designación será, en todo caso, política, y que las exigencias de experiencia en la gestión pública y privada no forman más que un simple adorno normativo, sin posibilidad alguna de objetivarse. A mayor abundamiento, la LOFAGE, aunque sea de forma sutil, ha exceptuado la aplicación de los principios de mérito y capacidad en el reclutamiento del personal directivo. En efecto, el propio artículo 53.2.b) indica que «*el resto del personal (esto es, el que no tiene la consideración de personal directivo) será seleccionado mediante convocatoria pública basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad*». ¿Por qué este sistema de selección, que al fin y a la postre no hace más que recoger los principios constitucionales, no se puede aplicar al reclutamiento del personal directivo?; ¿cuál es la razón de fondo que se encuentra en esta opción, dudosamente constitucional, del legislador? No hace falta ser excesivamente incisivo para darse cuenta que lo que está detrás de este sistema no es otra cosa que la clientelización del estrato directivo de las entidades públicas empresariales por el partido en el poder. En esto, como puede observarse, muy poco se ha avanzado.

En otro orden de cosas, en algunos supuestos, las normas relativas a la provisión de puestos de trabajo de carácter directivo son lo suficientemente explícitas como para reconocer que la cobertura de esos puestos se hará discrecionalmente. Así, por ejemplo, algunos convenios, como es el caso del de RENFE, explicitan que los puestos pertenecientes a la estructura directiva de la entidad se cubrirán por el sistema de libre designación. Así se expresa el artículo 2.3 del XI Convenio (cláusula, por lo demás reproducida también en los anteriores): «*La naturaleza jurídica de la relación del personal de Estructura de Dirección, si bien es laboral, se halla sujeta a regulación específica y particular, por lo que se encuentra excluido del ámbito del convenio colectivo, siendo la provisión y remoción de vacantes efectuadas mediante libre designación*».

Un reconocimiento tácito de la libre provisión y libre cese de los puestos directivos se encuentra también en el artículo 3 del VI Convenio Colectivo de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre (BOE núm. 255, de 25 de octubre de 1995). Allí se especifica que el personal laboral que ostente igual o superior categoría a la de Jefe de Servicio, «en caso de ser cesado en su cargo, pasará a desempeñar las funciones propias de su categoría anterior». En suma, se reconoce la discrecionalidad en la provisión de ese tipo de puestos directivos.

En fin, a partir de lo expuesto, aunque sólo sea una pequeña muestra, se pueden extraer algunas conclusiones. Hace algún tiempo, el profesor Sala Franco se refirió al acercamiento progresivo que se estaba produciendo -sin perjuicio de las diferencias- entre el régimen estatutario de funcionarios y el régimen laboral, lo que generaba una intercomunicabilidad entre ambos regímenes (SALA FRANCO, 1989, 84). Ciertamente, la función pública ha importado instituciones y técnicas de la relación laboral (principalmente, todas las que tienen que ver con los derechos colectivos), y, a su vez, el Derecho del Trabajo ha hecho lo mismo con otras muchas cuestiones del régimen funcional (la noción de estabilidad, la carrera, la promoción, etc.). Un ejemplo de esta tendencia abierta lo tenemos en el campo de los directivos en régimen laboral en el sector público empresarial y en los entes públicos. Hemos podido observar cómo en materia de provisión de puestos de trabajo directi-

vo, el sistema de libre provisión y libre cese (denominado en algunos casos incluso con la misma terminología que en la legislación funcionarial: libre designación) se ha impuesto plenamente en el régimen laboral de directivos públicos. Aquí, no cabe duda, la influencia de los regímenes de Derecho público ha sido determinante.

En efecto, la discrecionalidad en el nombramiento y cese se ha generalizado en el ámbito de la provisión de puestos directivos en el Derecho público, y se aplica -como sabemos- a los cargos de designación política (altos cargos y personal eventual) y a los cargos de libre designación (directivos funcionarios), de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales. Este sistema discrecional de nombramiento se ha trasladado también al ámbito de provisión de puestos directivos en régimen laboral en las sociedades estatales y entes públicos. Los puestos directivos de esas entidades se excepcionan del régimen común: para cualquier puesto de trabajo se exige superar un proceso selectivo en competencia con otros candidatos; sin embargo, si se quiere ejercer un puesto directivo en régimen laboral en una sociedad mercantil estatal, autonómica o local, en un ente de Derecho público sometido a Derecho privado o en un ente público, sea ese puesto de alta dirección o de régimen laboral ordinario, no se exige generalmente otra cosa que disponer de la confianza del partido en el poder, mediatizada a través de los órganos políticos correspondientes o, en su caso, de unos Consejos de Administración (o rectores) hechos a imagen y semejanza de las mayorías gubernamentales.

La confianza política, por tanto, ha entrado, también, con fuerza en el régimen laboral del sector público. Algunas normas, y entre ellas significadamente la reciente LOFAGE, no tienen siquiera el pudor de disfrazar el problema, pues abogan directamente por que los directivos públicos se recluten al margen de cualquier convocatoria pública, que es lo mismo que al margen de cualquier procedimiento objetivo. Parece, una vez más, que los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, que curiosamente sí que son exigibles en un proceso selectivo para la cobertura de un puesto de operario normal, fueran profundamente perversos si se aplicaran a los puestos de nivel directivo. El profesor Alejandro Nieto lo ha expuesto con manifiesta claridad: «para ser jefe de personal de un pequeño organismo se exige demostrar en una oposición determinados conocimientos, a veces muy rigurosos; pero para ser el jefe de todos los servidores públicos basta con invocar el sentido común; de la misma forma que para ser jefe de estación hay que acreditar ciencia y experiencia, mientras que para ser director general de RENFE basta con la confianza política del ministro» (NIETO, 1984, 46-47; 1996, 58-59). Así pues, en el opaco y complejo mundo del sector público empresarial y de los entes de Derecho público, la política pasa a ser el factor prioritario en la configuración del estrato de gestores públicos.

La discrecionalidad en el nombramiento encuentra también aquí su contrapunto en la discrecionalidad en el cese. Los directivos públicos en régimen laboral pueden ser cesados de sus puestos, recibiendo en ese caso las indemnizaciones pactadas o que marque la legislación vigente. En tal sentido, hay que tener presente el Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de diciembre de 1993, en el que se fijan las cuantías máximas de indemnización que pueden pactarse en los contratos de alta dirección y en los contratos con el personal directivo del sector público estatal que no tengan la condición de alta dirección (MARTÍNEZ MORENO, 1994-b, 245 y ss.).

4. La modulación del concepto de directivo en régimen laboral en su aplicación al sector público.

Ya hemos podido examinar con anterioridad cómo el concepto de alta dirección se modula en su aplicación al sector público. Lo cierto es que en el campo público se adopta un criterio más flexible de lo que sea el personal de alta dirección que el existente en la empresa privada. La jurisprudencia, sin embargo, sigue apostando por defender que «no hay un concepto especial de alto directivo para las Administraciones Públicas» (STS de 17 de junio de 1993). No obstante, como hemos podido comprobar, las variaciones que sufre la noción en su aplicación al sector público son un dato cierto. La más llamativa puede ser, sin duda, la multiplicación que se produce en determinadas ocasiones de puestos calificados como de alta dirección en algunas entidades públicas. Tal es el caso, por ejemplo, del Organismo Autónomo comercial de Correos (donde había 8 contratos de alta dirección), el de RTVE (con más de 50), el de RENFE, FEVE, Agencia Industrial del Estado, Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, etc. Esas diferencias se observan también en que no sólo la primera línea de mando en la respectiva entidad tiene la condición de personal de alta dirección, sino que también los puestos de dirección territorial, sectorial o, inclusive, de subdirección, se califican como contratos de alta dirección.

Que la noción de alta dirección es un concepto dilatado en el sector público frente a su utilización en el sector privado, se observa con particular claridad en el caso de los hospitales gestionados por el INSALUD. En este caso, a partir del Real Decreto 521/1987, por el que se aprobaba el reglamento de estructura, organización y funcionamiento de los citados hospitales, se estableció que los puestos directivos de esos centros tendrían la consideración de personal de alta dirección. Hoy día, están vinculados por esa relación laboral especial los puestos de Gerentes de Hospitales, Directores Médicos, Directores de Gestión, Directores de Enfermería, Subdirectores Médicos, Subdirectores de Gestión y Subdirectores de Enfermería. Aquí se puede detectar con meridiana claridad la quiebra del concepto de personal de alta dirección como vértice único de la estructura, tal y como se concibe generalmente en la empresa privada. La citada normativa ha adquirido rango legal, al quedar reflejada en la disposición final séptima de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1992, donde se afirma que la provisión de los órganos de dirección de los centros, servicios y establecimientos del INSALUD se efectuará conforme al régimen laboral especial de alta dirección. El Decreto de 1987 fue impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y la sentencia, dictada cuando ya estaba en vigor la Ley de Presupuestos de 1992, consideró que el citado Decreto había infringido la reserva de ley existente en la materia, pues sólo por ley se podía determinar qué puestos de trabajo de la Administración del Estado estaban reservados a personal laboral y exceptuados, en consecuencia, del régimen estatutario de los funcionarios públicos que es el régimen ordinario de prestación de los servicios públicos (STS de 31 de enero de 1992).

F. A MODO DE CONCLUSIÓN

La pretensión de este epígrafe ha sido intentar abordar los distintos regímenes de Derecho privado que se presentan en el ámbito de la dirección pública en las Administraciones españolas. Junto a un amplio colectivo de directivos que se encuadran dentro de regímenes de Derecho público, duran-

te los últimos años hemos visto emerger distintas figuras de directivos públicos regidas por el Derecho privado. Esto es así hasta tal punto que sólo en la Administración del Estado el número actual de directivos públicos vinculados por una relación laboral, sea especial o común, supera los tres mil efectivos, según datos de la Intervención General del Estado de 1994.

Esta huida de la dirección de las organizaciones públicas hacia el Derecho laboral (correlato de un proceso general de «huida» del Derecho público o de «privatización formal») obedece a que, principalmente, se estima que el Derecho privado ofrece mayor flexibilidad que el Derecho público. Posiblemente las causas de esa huida sean múltiples y de difícil síntesis en esta sede. Pero todo apunta a que en el fondo del problema se puedan encontrar razones meramente retributivas, en cuanto que el encorsetamiento de las remuneraciones es menor en el ámbito privado que en el público. Tampoco cabe duda de que el recurso a fórmulas privadas de dirección encuentra su explicación en las indemnizaciones («blindajes»), que se pactan por la rescisión de determinados contratos, aspecto este que no existe (al menos en esos términos) en los regímenes de Derecho público.

Los problemas de trasladar esas categorías del ámbito privado al sector público no son, sin embargo, pequeños. En el ámbito público se produce la confluencia de distintos factores que modulan algunos aspectos básicos de la relación en la esfera privada. En primer lugar, el carácter «atípico» del empleador, que habitualmente, como hemos dicho, persigue unos objetivos difusos no paragonables completamente a los de la empresa privada. En segundo lugar, el sistema de reclutamiento de directivos públicos, que se encuentra todavía muy mediatizado por la variable política, en la que impera la confianza unilateral y como contrapartida la lealtad del nombrado. En tercer lugar, la propia estructura directiva del sector público, que modula notablemente la existente en el mundo privado, pues mientras que en la empresa privada el personal de alta dirección es una figura completamente excepcional, en el sector público hay casos donde prolifera numéricamente, llegando incluso a ordenarse jerárquicamente entre sí. A pesar de ello, en el sector público el personal de alta dirección convive con un amplio estrato de directivos de régimen común, cuya nota singular por excelencia es que sus puestos se proveen por un sistema de libre nombramiento o de libre designación (y, por tanto, sujetos al libre cese). Y en cuarto lugar, llama la atención cómo en numerosas entidades públicas se excepciona singularmente al personal directivo en régimen laboral de la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad, mientras que tales principios son de entera aplicación al resto del personal del organismo. En este sentido, resulta complejo buscar cuál pueda ser el fundamento constitucional de ese régimen de excepción.

La aplicación de la normativa laboral (sea especial o común) a los directivos públicos se está llevando a cabo, en ciertas ocasiones, modulada por determinadas previsiones que aparecen expresadas en leyes formales, en los estatutos de las entidades o, en su caso, en los propios convenios colectivos. No cabe duda de que estos directivos públicos, al igual que los de la empresa privada, tienen una identificación de intereses con los órganos políticos que procedieron a su nombramiento. En este dato, y en otros muchos como hemos visto, se aproximan a los directivos regidos por el Derecho público. Tal vez ello aconsejara caminar en la dirección de buscar cuáles son los elementos comunes que singularizan la función directiva en el sector público, independientemente del régimen jurídico que vincule al directivo con la Administración. Sobre ello volveremos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBAESE, A., TORRICELLI, A. (1993): «La dirigenza pubblica», *Giornali di diritto e di relazioni industriali*, núm. 59-60, 3-4.
- ALEMANY ZARAGOZA, E. (1994): *La relación laboral del directivo. Contratación y extinción. El contrato blindado*, Pamplona.
- ALONSO OLEA, M., CASAS BAAMONDE, M.E. (1994): *Derecho del Trabajo*, Madrid.
- ALONSO UREBA, A. (1988): *La sociedad mercantil de capital como forma de la empresa pública local*, Madrid.
- ARIÑO ORTIZ, G. (1993): «La nueva empresa público-privada: ¿ilusión o realidad?», *Cuenta y Razón*, núms. 78/79.
- ARIÑO ORTIZ, G., LÓPEZ DE CASTRO, L. (1994): *¿Privatizar el Estado? Un retroceso en el camino de la Historia o la antítesis del Estado de Derecho*, Madrid.
- ARROYO YANES, L.M. (1994-a): «La Agencia Estatal de la Administración Tributaria y la reforma de la función pública», en AA.VV., *Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Madrid.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A. (1994): *Las Administraciones independientes*, Madrid.
- BISBAL I MÉNDEZ, J. (1992): «Servicios públicos e iniciativa económica pública», FONT I LLOVET, T. (Director), Informe sobre el Gobierno Local, Madrid.
- BORRAJO DACRUZ, E. (1985): «El personal de alta dirección en la empresa», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 22.
- BORRAJO INIESTA, I. (1993): «El intento de huir del Derecho Administrativo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 78.
- CASSESE, S. (1993): «Il sofisma della privatizzazione del pubblico impiego», *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, núm. 3.
- CORTES, C. (1991): «El directivo en la empresa pública», en G. VIDAL CARUANA (Director), *El cambio laboral en la década de los noventa*, Madrid.
- CUENCA VALDIVIA, M. (1991): «El directivo en la empresa pública», en VIDAL CARUANA, G. (Director), *El cambio laboral en la década de los 90*, Madrid.
- DE LA SERNA BILBAO, M.N. (1995): *La privatización en España. Fundamentos Constitucionales y Comunitarios*, Pamplona.
- DEL SAZ CORDERO, S. (1994): «La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas», *Revista de Administración Pública*, núm. 133.

- DEL SAZ CORDERO, S. (1995): *Contrato laboral y función pública*, Madrid.
- D'ORTA, C., MEOLI, C. (1994): *La riforma della dirigenza pubblica*, Padua.
- FERNÁNDEZ, Z. (1985): «Rasgos diferenciales de la dirección de las empresas públicas», *Economía Industrial*, núm. 241.
- FERNÁNDEZ, Z. (1994): «Comportamiento y eficiencia de la empresa pública», en AA.VV., *El Estado en la economía española*, Madrid.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, F., RODRÍGUEZ PIÑERO, M. (1988): «La relación laboral especial del personal de alta dirección y el Real Decreto 1382/1985», I y II, *Relaciones Laborales*, núms. 5 y 6.
- FERNER, A. (1990): *El Estado y las relaciones laborales en la empresa pública (un estudio comparado de RENFE y British Railways)*, Madrid.
- FLORENSA PALAU, M.L. (1994): «La modernización de la gestión administrativa en la Generalitat de Catalunya», *Autonomies*, núm. 18.
- FONT I LLOVET, T. (1992): «L'Administració de la Generalitat (I). L'organització administrativa», en E. ALBERTI, *Manual de Dret Public de Catalunya*, Barcelona.
- FONT I LLOVET, T. (1993): «Organización administrativa de las Comunidades Autónomas», en *Informe Comunidades Autónomas 1992*, Barcelona.
- FONT I LLOVET, T. (1995): «Organización administrativa de las Comunidades Autónomas», en *Informe Comunidades Autónomas 1994*, Barcelona.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1996): *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, T.R. (1993): *Curso de Derecho Administrativo*, I, Madrid.
- GARCÍA LLOVET, E. (1993): «Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho», *Revista de Administración Pública*, núm. 131.
- GARCÍA MURCIA, J., MARTÍNEZ MORENO, C. (1995): *El personal de alta dirección: concepto y características*, Madrid.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (1992): «Flexibilización y ajuste de la noción de alto directivo en la Jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo», *Relaciones Laborales*, II.
- GARRIDO FALLA, F. (1993): «Un tema de seguridad jurídica: la regulación de los entes instrumentales», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 79.
- IGLESIAS CABERO, M. (1994): *Relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección*, Madrid.
- INFORME NOLAN (1996): *Normas de conducta en las instituciones públicas* (trad. IVAP), Vitoria-Gasteiz (*Standards in Public Life. First Report of the Committee on Standards in Public Life*, Chairman Lord Nolan, London, 1995).
- JIMÉNEZ, J.C. (1994): «La empresa pública industrial en España: una visión de conjunto», AA.VV., *El Estado en la economía española*, Madrid.

- LAGUNA DE PAZ, J.C. (1995): «La empresa pública autonómica: aspectos jurídicos», *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 16.
- LONGO, F. (1994): «Diseño postburocrático de organizaciones públicas: la perspectiva divisional», *Papers ESADE* núm. 130, Barcelona.
- LONGO, F. (1996): «Políticos, directivos y sindicatos como actores de la gestión de recursos humanos en las Administraciones públicas», *Papers ESADE*, núm. 148.
- LÓPEZ GOMEZ, J.M. (1995): *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones públicas*, Madrid.
- MARTÍNEZ MORENO, C. (1994): *La relación de trabajo especial de alta dirección*, Madrid.
- MARTÍNEZ MORENO, C. (1994-b): «La indemnización por cese de los altos cargos en el sector público estatal», *Actualidad Laboral*, núm. 17.
- MOLERO MANGLANO, C. (1995): *El contrato de alta dirección*, Madrid.
- MONTOYA MARÍN, E. (1996): *Las empresas públicas sometidas a Derecho privado*, Madrid.
- MUSSARI, R. (1994): *Il management delle Aziende pubbliche. Profili Teorici*, Padova.
- OJEDA AVILÉS, A. (1990): «Las relaciones laborales especiales: una perspectiva unitaria», *Relaciones Laborales*, I.
- PALOMAR OLMEDA, A. (1995): *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, 3.ª ed., Madrid.
- PARADA VÁZQUEZ, R. (1994): *Derecho Administrativo. II. Organización y empleo público*, 8.ª ed., Madrid.
- POLO, E. (1992): «Los Administradores y el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima (artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)», en *Comentario al régimen legal de las Sociedades Mercantiles*, tomo VI (dirigido por URÍA, R., MENÉNDEZ, A., y OLIVENCIA, M.), Madrid.
- POMED SÁNCHEZ, L.A. (1993): «Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones independientes», *Revista de Administración Pública*, Madrid, 177 y ss.
- SALA ARQUER, J.M. (1992): «Huida al Derecho privado y huida del Derecho», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 75.
- SALA FRANCO, T. (1989): *Incidencia de la legislación laboral en el marco de la Función Pública*, Madrid.
- SALA FRANCO, T. (1990): *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas*, Bilbao.
- SÁNCHEZ CALERO, F. (1994): *Instituciones de Derecho Mercantil*, I, 17.ª edición, Madrid.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (1996): *Derecho de la función pública*, Madrid.
- VICENT CHULIÁ, F. (1991): *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, 3.ª ed., tomo I, vol. I, Barcelona.
- VIDAL CARUANA, G. (1991): «El alto directivo y su relación laboral», *El cambio laboral en la década de los 90*, Madrid.