

EL CESE POR DESISTIMIENTO EN LA ALTA DIRECCIÓN DEL SECTOR PÚBLICO TRAS LA REFORMA DE 2012

María José Ramo Herrando

Abogada

EXTRACTO

El sector público no ha estado exento de los sustanciales cambios que la reforma laboral de 2012 introdujo en el panorama normativo español. El Real Decreto-Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, introdujo importantes limitaciones en materia de indemnización por desistimiento del empresario para los contratos mercantiles y de alta dirección del sector público estatal. Posteriormente la Ley 3/2012 amplió estas limitaciones a los entes, consorcios, sociedades, organismos y fundaciones que conforman el sector público autonómico y local.

El legislador ha querido poner el foco en los que ocupan puestos de alta dirección y de administración, queriendo corregir algunos excesos producidos en el pasado con más frecuencia de la deseada. Para ello se han limitado las retribuciones y las indemnizaciones por desistimiento. Respecto a estas últimas, la reforma no ha previsto periodo transitorio alguno, irrumpiendo sobre los contratos vigentes a la fecha de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2012 y declarando nulos sus blindajes.

Principios constitucionales como la irretroactividad o la seguridad jurídica se han bordeado peligrosamente. Tampoco el desarrollo reglamentario de la disposición adicional octava del Real Decreto-Ley 3/2012 ha venido a aportar luces a la cuestión, sino más bien sombras, al complicar todavía más el complejo y discutido término de alta dirección en el sector público.

Podemos decir que la litigiosidad está servida. Ahora, tienen que ser los jueces quienes a través de la interpretación de la norma y la aplicación de los principios generales del derecho modulen las consecuencias del cambio normativo. En las páginas que siguen se da noticia del estado actual de la cuestión.

Palabras claves: sector público, contrato de alta dirección y desistimiento.

Fecha de entrada: 10-09-2013 / *Fecha de aceptación:* 09-10-2013

DISCONTINUED BY UNILATERAL TERMINATION IN TOP MANAGEMENT PUBLIC SECTOR REFORM AFTER 2012

María José Ramo Herrando

ABSTRACT

The public sector has not remained unaffected by the material changes made by the 2012 labor reform to the Spanish legislative panorama. Royal Decree-Law 3/2012, on urgent measures for reform of the labor market, introduced major limitations related to severance payments for unilateral termination by the enterprise of services contracts and senior management employment contracts in the public sector of the State. Subsequently, Law 3/2012 extended such limits to entities, consortiums, enterprises, bodies and foundations of the autonomous community and local public sectors.

The legislator sought to focus on persons in possession of senior management positions while holding office on managing bodies, to correct certain excesses occurred in past more frequently than would have been desired. To that end, remuneration and severance pay for unilateral termination have been limited. In respect of the severance pay for unilateral termination, the reform does not provide for an interim period, and has effects directly on contracts in effect at the date on which Royal Decree-Law 3/2012 entered into force, declaring their golden parachute clauses null and void.

Certain constitutional principles such as those of non-retroactivity of the laws and legal certainty have been dangerously circumvented. Neither does the implementation in regulations of additional provision eight of Royal Decree-Law 3/2012 shed any light on the matter; quite the contrary it seems to overcast a somber shadow, on complicating even further the complex and controverted concept of senior management in the public sector.

We may state that litigiousness is well served. It is now the judges who, through the interpretation of the law and application of its general principles, must modulate the consequences of the amendment of the law. The following pages provide news on the current state of affairs in this respect.

Keywords: public sector, senior management employment contracts and unilateral termination.

Sumario

1. Introducción
2. Antecedentes normativos
 - 2.1. De ámbito estatal
 - 2.2. De ámbito autonómico
3. Análisis de la disposición adicional octava de la Ley 3/2012
 - 3.1. Alcance
 - 3.2. Ámbito subjetivo
 - 3.3. Cuantía indemnizatoria
 - 3.4. Retroactividad
 - 3.5. Seguridad jurídica
4. El desarrollo reglamentario de la disposición adicional octava: el Real Decreto 451/2012
5. La litigiosidad generada por los recientes cambios normativos y el concepto de alta dirección en la Administración pública
6. Disparidad de criterios en la doctrina judicial reciente
7. Conclusiones

NOTA: Este trabajo se ha realizado dentro del Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Antonio de Nebrija.

1. INTRODUCCIÓN

El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, en su disposición adicional octava introdujo determinadas especialidades para los contratos mercantiles y de alta dirección del sector público estatal. Alguna de estas especialidades hacía referencia a las indemnizaciones por extinción y, en concreto, a la indemnización por desistimiento del empresario.

Se establecía que, cualquiera que fuera la fecha de la celebración de dichos contratos, el cese por desistimiento empresarial únicamente daría lugar a una indemnización no superior a siete días por año de servicio de la retribución anual en metálico, con un máximo de seis mensualidades, excluyendo incentivos y retribuciones variables, si las hubiere. Además se negaba el derecho a indemnización alguna cuando la persona ostentara la condición de funcionario de carrera del Estado, de las comunidades autónomas o de las entidades locales o fuera empleado de alguna entidad integrante del sector público estatal, autonómico o local con reserva de puesto de trabajo.

A tal efecto, la disposición adicional octava declaró nulas de pleno derecho las cláusulas de los contratos mercantiles o de alta dirección que se opongan a las referidas limitaciones.

Posteriormente fue aprobado el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se reguló el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades. En su disposición final primera, introdujo una modificación del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial del personal de alta dirección (RDAD), añadiendo un 4.º apartado al artículo 1 de dicha norma que dice lo siguiente:

«El presente real decreto se aplicará a los máximos responsables y personal directivo a que se refiere el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, sobre régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades, que no estén vinculados por una relación mercantil, en aquello que no se oponga al mismo ni al Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.»

De esta forma se integraba lo dispuesto en la disposición adicional octava del Real Decreto-Ley 3/2012 y en el Real Decreto 451/2012 con el RDAD.

El mencionado Real Decreto 451/2012, incluía también, en su disposición adicional primera, el mandato para el Ministerio de Hacienda y de Administraciones Públicas de aprobar los modelos de contratos mercantiles y de alta dirección, previo informe de la Abogacía del Estado.

La finalidad de ese mandato era la de poder adaptar el contenido de los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2012 a las especialidades introducidas por dicha norma y ello antes del 13 de abril de 2012, así como disponer de un modelo unificado de contrato para los que se hubieran de celebrar a partir de dicha fecha. El mandato fue cumplido por el Ministerio de Hacienda mediante Orden de 30 de marzo de 2012, por la que se aprobaron los modelos de contratos mercantiles y de alta dirección.

Más tarde, con la aprobación de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que reprodujo íntegramente la disposición adicional octava del Real Decreto-Ley 3/2012, se hicieron extensivas las referidas limitaciones indemnizatorias por desistimiento a los directivos de los entes, consorcios, sociedades, organismos y fundaciones que conforman el sector público autonómico y local.

2. ANTECEDENTES NORMATIVOS

La idea de limitar la indemnización por cese en los contratos de alta dirección en el sector público no es nueva. Existen varios antecedentes, tanto a nivel estatal como a niveles inferiores, que ya hicieron lo propio con mayor o menor éxito. En concreto cabe citar las siguientes experiencias normativas:

2.1. DE ÁMBITO ESTATAL

A) La Resolución de la Subsecretaría del Ministerio para las Administraciones Públicas, de 27 de diciembre de 1993¹

Esta norma dispuso la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de diciembre de 1993, por el que se dictaban instrucciones para uniformar y limitar la cuantía de las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo de los altos cargos y personal directivo del sector público estatal².

Curiosamente, fue en otro momento de crisis económica cuando, también con la justificación de contener el gasto público, se establecieron límites cuantitativos a las indemnizaciones del referido personal. El Acuerdo contemplaba tres supuestos diferentes:

¹ BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1993.

² Sobre este acuerdo, véase a MARTÍNEZ MORENO, C.: «La indemnización por cese de los altos cargos en el sector público estatal», *Actualidad Laboral*, núm. 17, tomo I, 1994, págs. 245 a 252 y a GAYARRE CONDE, I.: «Alta dirección en el sector público estatal» en GAYARRE CONDE, I. y BURZACO SAMPER, M. (coord.): *El estatuto jurídico del empleado público*, Dykinson, Madrid, 2009, págs. 193 a 223.

1. El de los contratos de los altos directivos de la Administración General del Estado, organismos autónomos de ella dependientes y entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, cuya indemnización por desistimiento empresarial no podría ser superior a siete días por año de servicio con un máximo de seis mensualidades.
2. El de los contratos de alta dirección suscritos con entes y entidades de Derecho público, en los que la cuantía máxima permitida para la extinción por desistimiento del empresario era la prevista para el despido improcedente por el Estatuto de los Trabajadores (ET), con un tope de doce mensualidades, en el que debía incluirse los salarios devengados por el incumplimiento total o parcial del preaviso legalmente establecido.
3. El de las empresas mercantiles del sector público estatal cuya indemnización por desistimiento del empresario en ningún caso podía superar las doce mensualidades.

Esta norma no tenía carácter retroactivo, ya que establecía que esas cuantías máximas se aplicarían a «los nombramientos de altos cargos y contratos de alta dirección que en el futuro se formalicen en el sector público estatal»; si bien es cierto que se establecía que también afectaría a «las modificaciones o novaciones de contratos que se produjeran a partir del 1 de enero de 1994».

La vocación unificadora de este acuerdo se vio frustrada por la desigual aplicación que tuvo en los tribunales de justicia, generándose una incertidumbre jurídica importante. Así, la citada resolución fue alegada por la Administración tanto en procedimientos seguidos ante el orden contencioso-administrativo como ante el laboral, dando lugar a fallos de signo contrario.

En la jurisdicción contencioso-administrativa, la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, en Sentencia de 30 de mayo de 2006, consideró que este acuerdo del Consejo de Ministros debía interpretarse como una mera instrucción para la aplicación del régimen legal estatutario del personal cuyo contrato de alta dirección se estaba juzgando. Esto supuso la anulación del cese impugnado, al ser considerado contrario al ordenamiento jurídico³.

Sin embargo en la jurisdicción social su aplicación fue más irregular. Parte de la doctrina judicial entendió aplicable la resolución en toda su extensión, reconociéndole pleno carácter de disposición general, por ser un acto ordenador que se integró en el ordenamiento jurídico, si bien limitada su aplicación al sector público estatal⁴.

Sin embargo, otra parte de dicha doctrina la consideró inaplicable, al entender que el acuerdo del Consejo de Ministros no tenía naturaleza de norma sustantiva de general aplicación y carecía del valor reglamentario. Y ello, por no suponer ejercicio de la potestad reglamentaria, el

³ Se trataba de un contrato de alta dirección suscrito el 1 de septiembre de 1993, previo acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria Ferrol-San Ciprian, en cuyo clausulado se disponía que al extinguirse el alto cargo tendría derecho a una indemnización de cuarenta y cinco días por año de servicio y a percibir salarios de tramitación.

⁴ STSJ de Canarias, Las Palmas, de 31 de marzo de 2005.

cual exige, ya que la disposición sea aprobada por real decreto del presidente del Gobierno o del Consejo de Ministros, ya que lo sea por orden ministerial, y todo ello frente al Real Decreto 1382/1985 que sí tiene pleno valor reglamentario⁵.

En otras ocasiones el argumento jurídico para su inaplicación por los tribunales fue considerar que carecía de eficacia ejecutiva y ello porque se limitaba a establecer unas instrucciones tendentes a establecer unos criterios de uniformidad en el reconocimiento de este tipo de indemnizaciones, o dicho de otra forma, porque tan solo fijaba unas directrices orientativas, dejando a salvo posibles excepciones a analizar en cada caso⁶. Incluso hubo sentencias en las que se puntualizó que el incumplimiento de la citada Resolución no afectaría a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, y ello de forma congruente con la naturaleza de mera instrucción que le reconocían a dicha Resolución, lo cual supone que únicamente vincula a los subordinados del órgano que la dicta, pero que ninguna eficacia tiene frente a terceros, citando a estos efectos el artículo 21.2 Ley 30/1992⁷, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común⁸.

Lo cierto es que la dificultad técnica que suponía que una limitación de este tipo fuera impuesta mediante un simple Acuerdo del Consejo de Ministros, hizo que finalmente la norma cayera en desuso, como consecuencia de su inaplicación. Lo anterior ponía de manifiesto que el Acuerdo tuvo más tinte estético que eficacia normativa⁹.

B) El Real Decreto 521/1987¹⁰, Reglamento sobre estructura, organización y funcionamiento de los Hospitales gestionados por el Instituto Nacional de la Salud

En el artículo 18 disponía que los titulares de los puestos de director gerente, subdirector gerente, directores y subdirectores de división podrán ser cesados libremente por la misma autoridad que acordó su designación, siéndoles de aplicación las prescripciones previstas en el RDAD, a efectos de indemnización.

Como se verá seguidamente, son varias las disposiciones autonómicas que también recogen esa limitación de indemnización para los altos cargos de su sistema de salud, admitiendo implícitamente el carácter máximo de las señaladas en el Real Decreto 1382/1985.

⁵ STSJ de Asturias de 26 de septiembre de 2003.

⁶ SSTSJ del País Vasco de 19 de octubre de 1999 y de 24 de julio de 2001.

⁷ BOE núm. 285, de 27 de noviembre de 1992.

⁸ STS de 19 noviembre de 2001 y STSJ de Madrid de 23 de marzo de 2000.

⁹ Así se pronuncia MALDONADO MONTOYA, J. P.: «Altos cargos en los sectores financiero y público estatal», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 100, 2012, págs. 141 a 163.

¹⁰ BOE núm. 91, de 16 de abril de 1987.

C) La Ley 13/1996¹¹, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social

Esta norma, en su artículo 151, modificó la Ley 5/1996¹², de 10 de enero, que creó determinadas entidades de derecho público y en concreto, en relación con el personal de alta dirección de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, estableció que se regía por el RDAD, pero prohibiendo que se pudieran pactar «indemnizaciones por cese o extinción de dicha relación que excedan de los máximos previstos por el Gobierno».

2.2. DE ÁMBITO AUTONÓMICO

A) La Ley 13/2000¹³ de Medidas Tributarias y Administrativas, de las Cortes de Aragón

Esta norma estableció en su artículo 43 que la provisión de los órganos de dirección de los centros, servicios y establecimientos sanitarios y sociales (directores gerentes, directores médicos y de enfermería y directores de gestión y servicios generales) podrá efectuarse, también, conforme al régimen laboral especial de alta dirección, regulado en el RDAD, pero que los contratos formalizados al efecto no podrán contemplar indemnizaciones por cese distintas de la fijada con carácter general en el artículo 11 del citado real decreto.

B) La Ley 26/2001¹⁴, de Medidas Tributarias y Administrativas de Aragón

Esta norma introdujo la misma limitación indemnizatoria para los directores de Área del Servicio Aragonés de Salud contratados bajo la modalidad de relación laboral especial de alta dirección, a cuyo efecto modificó la Ley 2/1989, de 21 de abril, del Servicio Aragonés de Salud.

C) El Acuerdo de Consejo de Gobierno de 9 de marzo de 2001¹⁵ sobre formalización de contratos de alta dirección en las Empresas Públicas dependientes de la Administración de las Illes Balears

En este acuerdo se recogen instrucciones generales para efectuar dichos contratos, y si bien no se contemplan prohibiciones en materia de indemnización, sí se establecen límites al decir que

¹¹ BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 1996.

¹² BOE núm. 11, de 12 de enero de 1996.

¹³ BOA núm. 156, de 30 de diciembre de 2000.

¹⁴ BOE núm. 20, de 23 de enero de 2002.

¹⁵ BOIB de 12 de abril de 2001.

«por regla general» se observarán las indemnizaciones previstas para la extinción del contrato previstas en el RDAD, siendo necesaria la autorización del Consejo de Gobierno para el establecimiento de indemnizaciones superiores.

D) La Ley 11/2002¹⁶, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat Valenciana

Señalaba que los puestos de carácter directivo de las instituciones sanitarias dependientes de la Conselleria de Sanidad se proveerán por el sistema de libre designación y no podrán contemplar «indemnizaciones por cese en el puesto distintas de la fijada con carácter general en el artículo 11 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto».

E) La Ley 9/2002¹⁷ del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2003

En su artículo 13.5 dispone, respecto a las indemnizaciones por extinción del personal de alta dirección de las empresas de la Junta de Andalucía, que se estará a las cuantías que se fijen en el RDAD y que, «en ningún caso, las cuantías de las indemnizaciones podrán ser pactadas libremente por las empresas y los directivos».

F) El Decreto 243/2004¹⁸, sobre determinados aspectos de la contratación laboral de la Generalidad de Cataluña

En el artículo 2 de esta norma se regula el régimen indemnizatorio del personal de alta dirección de las entidades autónomas, de las empresas de la Generalidad, del Servicio Catalán de la Salud, del Instituto Catalán de la Salud, del Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales y de determinados patronatos, consorcios y fundaciones públicas o privadas, y se limitan las indemnizaciones por desistimiento empresarial y por despido improcedente a las legalmente establecidas en el RDAD. También se prohíbe que se reconozcan antigüedades superiores a las que correspondan a los servicios efectivamente prestados por razón del contrato firmado.

Esta norma no tenía efecto retroactivo alguno, ya que incluía una disposición transitoria por la que se mantenía la vigencia de las cláusulas suscritas antes de la entrada en vigor del decreto,

¹⁶ DOCV núm. 4409, de 31 de diciembre de 2002 y BOE núm. 30, de 4 de febrero de 2003.

¹⁷ BOJA núm. 151, de 24 de diciembre de 2002.

¹⁸ DOGC núm. 4104, de 1 de abril de 2004.

con la obligación de que fueran puestas en conocimiento de la Intervención General y de la Comisión Técnica de la Función Pública.

Posteriormente, mediante el Decreto 120/2008¹⁹ se modificó la referida norma para permitir que, excepcionalmente y por razones de interés público, pudiera pactarse en el contrato indemnizaciones diferentes, siempre con el límite de doce mensualidades incluido el preaviso.

G) La Ley 1/2004²⁰, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2004

También esta norma prohibía de forma generalizada las cláusulas indemnizatorias, dinerarias o no dinerarias, considerándolas por no puestas y, por consiguiente, nulas y sin ningún valor ni eficacia.

Y también en este caso la prohibición solo afectaba a los contratos vigentes en tanto en cuanto fueran modificados o novados a partir de la entrada en vigor de la ley.

La aplicación de esta ley también encontró problemas en la jurisdicción social²¹. Se consideró que la cláusula indemnizatoria recogida en el artículo 11 del RDAD no podía dejarse sin efecto por lo dispuesto en una norma autonómica, por ser la legislación laboral competencia exclusiva del Estado, conforme se dispone en el artículo 149.1.7.^a de la Constitución Española (CE). Pero es más, manteniéndose que, aun en el supuesto hipotético de que la Comunidad Autónoma de Madrid tuviera competencia para regular la indemnización, entraría en juego la doctrina recogida en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 103/1990 de 4 junio, sosteniendo que la extinción contractual por iniciativa empresarial carente de causa debe ser indemnizada, constituyendo esto una regla general del ordenamiento laboral común que también tiene aplicación, aunque con matices, en el ámbito de las relaciones laborales especiales.

Todos estos antecedentes normativos, estatales y autonómicos, ponen de manifiesto que la limitación introducida en el Real Decreto-Ley 3/2012, relativa a las indemnizaciones de los directivos del sector público estatal, no fue tan novedosa como pudiera pensarse, ya que hay un amplio elenco de normas que ya habían limitado, e incluso prohibido, las cláusulas indemnizatorias, aunque, por una razón u otra no parece que su aplicación hubiera llegado a producir los efectos pretendidos.

¹⁹ DOGC núm. 5161, de 27 de junio de 2008.

²⁰ BOE núm. 162, de 6 de julio de 2004.

²¹ STSJ de Madrid de 28 de noviembre de 2005.

3. ANÁLISIS DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL OCTAVA DE LA LEY 3/2012

3.1. ALCANCE

Como ya se adelantaba, las disposiciones adicionales octava del Real Decreto-Ley 3/2012 y de la Ley 3/2012 son coincidentes, con la única salvedad de que el Real Decreto-Ley 3/2012 hacía referencia al personal con contratos mercantiles y de alta dirección del sector público estatal y la Ley 3/2012 hace extensivo ese régimen indemnizatorio al mismo personal del sector público autonómico y local.

Podría decirse que la disposición adicional octava supone una restricción a la libertad de pactos entre las partes y a la autonomía de la voluntad, haciendo de los contratos de alta dirección y de los contratos mercantiles en el sector público estatal meros contratos de adhesión limitados por el *imperium* del Estado, que puede imponer ciertas condiciones laborales a su personal laboral²².

No han faltado voces criticando la técnica legislativa de la disposición adicional octava del Real Decreto-Ley 3/2012. Y ello al considerar que las disposiciones adicionales no deben contener modificaciones de otras leyes, cosa que sí hace esta, ya que modificó, y en términos no menores, el Real Decreto 1382/1985, que regula la relación especial de alta dirección²³.

También se ha dicho que esta disposición «adolece de una notable imprecisión derivada de las prisas del legislador y del ejecutivo de poner coto a situaciones conflictivas buscando más el efecto de la medida que su real incidencia», considerándose que esta disposición tan solo constituye «una primera piedra de una construcción que muy probablemente requerirá un replanteamiento de todo el edificio desde sus cimientos. Pero por ello, por sí sola insuficiente»²⁴.

El título del segundo párrafo de la referida disposición es «Indemnizaciones por extinción», pero pese a ello su contenido tan solo hace referencia a la extinción por desistimiento del empresario, por lo que debemos entender que en materia de despido improcedente no existe actualmente restricción indemnizatoria alguna²⁵.

²² GONZÁLEZ ALONSO, A.: «La última reforma del mercado laboral y su aplicación al sector público», *Actum Social Francis Lefebvre*, núm. 61, 2012.

²³ En este sentido, VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La reforma laboral de 2012», *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2013, págs. 1 a 10.

²⁴ TABARINI-CASTELLANI AZNAR, M.: «Las limitaciones de las retribuciones e indemnizaciones de los altos cargos en el sector público» en ALFONSO MELLADO, C. y RODRÍGUEZ PASTOR, G. (dirs.): *Reforma laboral 2012*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pág. 255.

²⁵ Véase TABARINI-CASTELLANI AZNAR, M.: «Las limitaciones de las retribuciones ...», *op. cit.*, págs. 253 y 254, donde mantiene un mayor alcance de la disposición adicional octava, al suponer también una limitación en cuanto al cálculo de la indemnización del despido improcedente que deberá calcularse no sobre el salario en metálico, como determina

Lo anterior podría suponer una vía de escape para que las partes puedan ponerse de acuerdo para articular el cese como si de un despido se tratara y posteriormente alcanzar acuerdos que incluyan el reconocimiento de la improcedencia del mismo, burlando así la limitación introducida en la reforma laboral de 2012. Ciertamente es que, de hacerse, podría declararse la existencia de fraude de ley²⁶, especialmente si los motivos del despido son inciertos y la causa alegada tan solo obedece al intento de bordear las limitaciones legales introducidas en materia de indemnización por desistimiento.

La Abogacía General del Estado dictó el 28 de marzo de 2012 la Instrucción 1/2012 en la que se recogieron las pautas generales que deben seguirse por las distintas abogacías del Estado para emitir el informe previo en relación con los contratos mercantiles y de alta dirección. En ella se dice que al comunicar la extinción deberá hacerse constar expresamente la palabra desistimiento, para así evitar la tendencia judicial de entender de forma restrictiva esta forma de extinción. Se da por hecho que si el tribunal calificara la extinción como despido disciplinario u objetivo, la indemnización procedente no estaría afectada por las limitaciones de la disposición adicional octava²⁷.

3.2. ÁMBITO SUBJETIVO

Ya hemos adelantado que el ámbito subjetivo de la disposición adicional octava varía sustancialmente en la Ley 3/2012 respecto al del Real Decreto-Ley 3/2012, dado que pasa de ser el «sector público estatal» a ser de forma genérica el «sector público».

En relación con el sector público estatal, el Real Decreto 451/2012 se refiere en su artículo 2 a las entidades que lo integran y a cómo se clasifican estas. Respecto a la primera cuestión se remite a las entidades previstas en el apartado 1 del artículo 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP) con la sola excepción de las entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social, así como sus centros y entidades mancomunados, a las que se refiere la letra d) del mismo artículo. Estas entidades excluidas tienen su propia normativa específica, en lo que al régimen financiero y económico se refiere, tal y como dispone el artículo 4 de la LGP.

el RDAD, sino sobre su cuantía fija y en cuanto a la indemnización máxima y el cómputo previsto para el desistimiento causal del trabajador al que también le resultan aplicables las limitaciones del desistimiento del empresario porque ambas causas tienen en el RDAD una regulación conjunta.

²⁶ Recuérdese que conforme al artículo 6.4 del CC «los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir».

²⁷ Véase sobre la instrucción a MARTÍN JIMÉNEZ, R.: «Directivos del Sector Público Estatal: contratación, retribuciones, extinción e indemnizaciones», *Noticias breves, Gómez Acebo & Pombo*, abril 2013 (http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/DIRECTIVOS-DEL-SECTOR-PUBLICO-ESTATAL_1.pdf).

Por tanto, la limitación de la indemnización y el preaviso por desistimiento de la alta dirección afecta en el sector público estatal a las siguientes entidades:

1. La Administración General del Estado.
2. Los organismos autónomos dependientes de la Administración General del Estado.
3. Las entidades públicas empresariales, dependientes de la Administración General del Estado, o de cualesquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de ella.
4. Las sociedades mercantiles estatales, definidas en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.
5. Las fundaciones del sector público estatal, definidas en la Ley de Fundaciones.
6. Cualesquiera otras entidades estatales de derecho público distintas a las ya mencionadas.
7. Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren los artículos 6, apartado 5, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, cuando alguna de las entidades que integran el sector público estatal hayan aportado mayoritariamente a los mismos dinero, bienes o industria, o se haya comprometido, en el momento de su constitución, a financiar mayoritariamente dicho ente y siempre que sus actos estén sujetos directa o indirectamente al poder de decisión de un órgano del Estado.

Posteriormente, mediante el punto 7 de la disposición adicional octava de la Ley 3/2012 se amplió el ámbito subjetivo de la norma limitadora de las indemnizaciones en caso de desistimiento, alcanzando también a las comunidades autónomas y a las entidades locales, y en concreto a los entes, consorcios, sociedades, organismos y fundaciones que conforman el sector público autonómico y local.

3.3. CUANTÍA INDEMNIZATORIA

La Ley 3/2012 fija la indemnización de los directivos del sector público con contrato mercantil o de alta dirección en un máximo de siete días por año de servicio de la retribución anual en metálico, con un tope de seis mensualidades, siempre y cuando la causa de su cese sea el desistimiento empresarial²⁸.

²⁸ En opinión de TABARINI-CASTELLANI AZNAR, M.: «Las limitaciones de las retribuciones ...», *op. cit.*, pág. 254 «la indemnización de siete días prevista en la ley para el desistimiento empresarial, así como su cómputo, resultan aplicables al desistimiento causal del trabajador ya que ambas causas tienen en el RDAD una regulación conjunta».

A este respecto, cabe preguntarse si al fijarse la citada indemnización como un máximo, cabría minorar dicho tope. La respuesta debe ser afirmativa, conforme a la literalidad del precepto que dice «*únicamente dará lugar a una indemnización no superior a siete días por año de servicio de la retribución anual en metálico, con un máximo de seis mensualidades*». Todo parece indicar que de no haberse querido admitir indemnizaciones inferiores a la fijada, se habría suprimido la expresión «no superior» y se hubiera fijado con carácter absoluto la indemnización de siete días por año de servicio con el máximo de seis mensualidades²⁹.

Además se establece que el cálculo indemnizatorio se efectuará con un módulo salarial diferente al tenido en cuenta en el RDAD, al partirse de la retribución anual en metálico, limitada, además, a la «retribución fija íntegra y total, excluidos los incentivos o complementos variables si los hubiere». Mientras, el artículo 11.1 del RDAD se refiere al salario anual en metálico, sin limitación alguna. Esto hace que la limitación o reducción de la indemnización se produzca por partida doble³⁰.

Se introduce además otro límite, el del preaviso que conlleva el desistimiento empresarial y que queda reducido a un máximo de quince días, a diferencia del mínimo de tres meses que dispone el artículo 11.1 del RDAD. También en este caso parece permitirse la fijación de preavisos inferiores al máximo establecido. No obstante, no han faltado autores que han advertido un error de redacción en este punto, al considerar que debía haberse referido a un plazo de antelación mínimo de quince días naturales, no máximo³¹.

Destacar que el cálculo del importe correspondiente al preaviso, en caso de no cumplirse íntegramente, debe hacerse con el importe de la «retribución». Lo cual significa que no aplica la limitación impuesta para el cálculo de la indemnización (que ha de calcularse solo con el salario en metálico de carácter fijo), y que podrá incluirse, además del salario fijo metálico, el salario en especie y los conceptos retributivos variables.

Ambas limitaciones, la del módulo salarial y la del preaviso legal, si bien reducen significativamente lo dispuesto con carácter general por el RDAD, han sido salvadas tras la entrada en

²⁹ En este sentido *vid.* ROCA VALERO, V.: «La alta dirección en la Administración Pública, *Boletín de Derecho Local*, núm. 34, abril 2012.

³⁰ Según TABARINI-CASTELLANI AZNAR, M.: «Las limitaciones de las retribuciones ...», *op. cit.*, pág. 253, la indemnización de veinte días que fija el RDAD para los supuestos de despido improcedente en defecto de pacto también deberá cuantificarse sobre la cuantía fija del salario y no sobre el salario en metálico, como determina el RDAD. Y ello con la finalidad de preservar al sector público de los blindajes.

³¹ Entre estos autores, GONZÁLEZ ALONSO, A.: «La última reforma del mercado ...», *op. cit.*, y MALDONADO MONTOYA, J. P.: «Altos cargos en los sectores ...», *op. cit.*, donde considera que «como se desprende del contexto el plazo de antelación "máxima" es en realidad el periodo "mínimo" ya que de otra manera, carecería de sentido lo establecido inmediatamente después, esto es, que "en caso de incumplimiento del preaviso mencionado, la entidad deberá indemnizar con una cuantía equivalente a la retribución correspondiente al periodo de preaviso incumplido; es decir, con una cantidad máxima equivalente a la remuneración de quince días naturales».

vigor del Real Decreto 451/2012. Como ya se ha dicho, esta última norma modificó el RDAD adicionándole un 4.º apartado al artículo 1, por el que solo hace aplicable este RDAD a los directivos del sector público en lo que no se oponga al Real Decreto-Ley 3/2012 y al referido Real Decreto 451/2012.

Estas diferencias introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2012 en el régimen indemnizatorio del personal de alta dirección del sector público están plenamente justificadas «por la condición del empleador (la Administración General del Estado, obligada a adoptar medidas de reducción del gasto público) y, formalmente, por estipularse dicho régimen no ya en un pacto, sino en una norma, y a mayor abundamiento, de rango jerárquico superior (fuerza de ley) al del RDAD (reglamento)»³².

Pero además de las limitaciones expuestas, hay una total exclusión de la indemnización legal para algunos altos directivos que sean cesados por desistimiento del empresario. En concreto para los que ostentan la condición de funcionario de carrera del Estado, de las comunidades autónomas o de las entidades locales, o son empleados de entidad integrante del sector público estatal, autonómico o local con reserva de puesto de trabajo³³.

Todo parece indicar que se pretende evitar, de esta manera, que aquellas personas que tengan suscrita una de estas modalidades contractuales y sean funcionarios públicos o puedan incorporarse inmediatamente a su puesto de trabajo en el sector público estatal perciban una indemnización pensada para amortiguar su incorporación al mundo laboral privado. Y, de paso, se pone coto a una práctica habitual consistente en el peregrinaje de un ente público a otro en cada uno de los cuales se percibe una indemnización por extinción del contrato de trabajo³⁴.

También esta novedad puede considerarse «salvada» por el nuevo párrafo cuarto del artículo 1 del RDAD, que impide que la indemnización del artículo 11.1 del RDAD pueda ser considerada derecho necesario para los altos directivos del sector público.

Solo en las extinciones producidas entre el 12 de febrero de 2012 y el 7 de marzo de 2012 pudo cuestionarse la legalidad de estas limitaciones, ya que en ese corto periodo de tiempo el RDAD entraba en clara contradicción con el Real Decreto-Ley 3/2012, al no existir norma legal que salvara dicha contradicción, algo que no ocurriría hasta la entrada en vigor del Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo.

³² ROCA VALERO, V.: «La alta dirección...», *op. cit.*

³³ Conforme al artículo 9 del Real Decreto 451/2012 no se considera indemnización por extinción, a estos efectos, las compensaciones económicas establecidas legalmente por razón de incompatibilidad vinculada al cese en el cargo.

³⁴ GONZÁLEZ ALONSO, A.: «La última reforma del mercado ...», *op. cit.*

3.4. RETROACTIVIDAD

Existe una cuestión que sí puede hacer plantear dudas de legalidad. Es la que se refiere a la retroactividad de la norma. Tanto en el Real Decreto-Ley 3/2012 como en la Ley 3/2012 se dice que estos mínimos afectan a cualquier contrato mercantil o de alta dirección, «*cualquiera que sea la fecha de su celebración*» y posteriormente en el punto 5.º se aclara que «*esta disposición será de aplicación a los contratos mercantiles o de alta dirección celebrados con anterioridad a su entrada en vigor*». No han faltado autores que se han referido a la vigencia «inmediata» o a la aplicación *ex lege* de los límites indemnizatorios³⁵.

Tanto es así que la Abogacía General del Estado pareció ver la necesidad de aclarar en la Instrucción 1/2012 que los límites indemnizatorios serían aplicables solo a los contratos extinguidos con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2012, esto es, a partir del 12 de febrero de 2012.

Cierto es que se pretendió dar a esta disposición adicional octava un carácter meramente transitorio, a cuyo efecto se incluyó una habilitación normativa para que el Gobierno pueda modificar las cuantías y limitaciones de las indemnizaciones establecidas en dicha disposición cuando pasen las adversas circunstancias económicas que se dan en la actualidad.

También es verdad que, en esta ocasión, se han salvado cuestiones que en un pasado mermaron la eficacia práctica de normas dictadas con la misma finalidad. Ahora, no solo el real decreto-ley, tras la correspondiente tramitación parlamentaria, se ha convertido en ley, sino que también posteriormente ha sido modificado el artículo 1 del RDAD para evitar contradicciones entre dichas normas³⁶.

No obstante, llama la atención como en la propia exposición de motivos, tanto del Real Decreto-Ley 3/2012 como de la Ley 3/2012, cuando se hace alusión a la rebaja de la indemnización por despido improcedente en la relación laboral común, se dice que se respeta la cuantía de cuarenta y cinco días por año de servicio hasta el momento de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2012. Lo cual es justificado por el legislador con el argumento de que se «*tienen en cuenta las expectativas indemnizatorias con contrato en vigor*».

Sin embargo, nada se dice en la exposición de motivos respecto a las razones que han llevado a no tener en cuenta esas «*expectativas indemnizatorias*» en el caso de los altos directivos del sector público con contrato en vigor y, en definitiva, a declarar la retroactividad de la norma respecto a estos últimos. Para ello, las citadas normas se limitan a negar toda eficacia a las cláusulas indemnizatorias de los contratos de trabajo suscritos anteriormente a la entrada en vigor del Real

³⁵ SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *Claves de la reforma laboral de 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, págs. 337 y 341.

³⁶ Modificación llevada a cabo por el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo.

Decreto-Ley 3/2012, en tanto en cuanto contravengan lo dispuesto en dicha norma, al declarar expresamente la nulidad sobrevenida de las cláusulas que se opongan a lo establecido en la misma.

Cabría cuestionarse, por tanto, si esta retroactividad resulta plenamente acorde con la CE, en cuyo artículo 9.3³⁷ se garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales y la seguridad jurídica.

Respecto a lo primero, ha de señalarse que una cláusula indemnizatoria no tiene carácter sancionador, sino compensatorio por los daños y perjuicios que la extinción sin causa justa puede conllevar al trabajador. Por lo que, solo queda analizar si la norma podría considerarse «restrictiva de derechos individuales» y, por tanto, contraria al mandato constitucional. A este respecto podría decirse que la pérdida sobrevenida de eficacia de las cláusulas de los contratos, en las que se hubiera pactado indemnizaciones por terminación de contrato mayores que las que se establecen en las citadas normas, supone una limitación significativa de la autonomía de la voluntad y del poder de disposición de las partes contratantes. Libertad contractual que encuentra su fundamento en la libertad personal que garantiza el artículo 10 de la CE y que está recogida con toda su extensión en nuestro Código Civil, siempre que no colisione con la ley, la moral o el orden público (art. 1.255) y que también tiene su expresión laboral en el artículo 3.1 c) del ET. No obstante, la autonomía privada es una creación de la ley, de manera que también esta puede restringirla, especialmente cuando se trata de proteger intereses públicos dignos de tutela, como es el control en el uso de los fondos públicos³⁸.

A su vez, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional³⁹, cuando la norma no tiene un efecto retroactivo pleno o de grado máximo ni tampoco supone retroactividad de grado medio (que incida sobre efectos jurídicos ya producidos y todavía no agotados o consumados de las situaciones anteriores que perviven tras el cambio legislativo), no puede apreciarse vulneración del artículo 9.3 de la CE.

Una retroacción de grado mínimo, en la que la nueva normativa solo tiene efectos para el futuro, aunque la relación o situación básica haya surgido conforme a la norma anterior, es aceptada pacíficamente por el Tribunal Constitucional. Y ello porque se trata de una retroactividad impropia, en la que la norma incide sobre situaciones o relaciones jurídicas no concluidas⁴⁰.

³⁷ «La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

³⁸ Puede verse a GODINO REYES, M.: «Comentario al Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, Disposición Adicional Séptima. Normas aplicables a las entidades de crédito», en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R. (dirs.): *Reforma laboral 2012*, Valladolid: Lex Nova, 2012, pág. 344.

³⁹ STC núm. 6/1983, de 4 de febrero.

⁴⁰ SSTC núms. 42/1986, 99/1987, 227/1988, 210/1990 y 182/1997, entre otras muchas.

En otras palabras, la irretroactividad solo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos, integrados en el patrimonio del sujeto, y no a los pendientes, futuros, condicionados ni a las expectativas. La invocación del principio de irretroactividad no puede presentarse como una defensa de una inadmisibles petrificación del ordenamiento jurídico⁴¹.

Cabe destacar, en este sentido, la prudencia que la doctrina del Tribunal Constitucional ha venido mostrando en la aplicación del principio de irretroactividad, señalando que solo puede afirmarse que una norma es retroactiva, a los efectos del artículo 9.3 de la CE, cuando incide sobre «relaciones consagradas» y «afecta a situaciones agotadas». Y que «lo que se prohíbe en el artículo 9.3 es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad»⁴².

En este sentido, solo cabría entender que existe retroactividad discutible constitucionalmente si las nuevas reglas indemnizatorias hubieran sido aplicables a los derechos acordados antes de la vigencia del Real Decreto-Ley 3/2012. Dado que normalmente la eficacia se asocia a la propia decisión empresarial, es claro que el derecho a la indemnización por el cese se genera en el mismo momento en el que este se produce. Por consiguiente, solo una interpretación que condujera a entender que la indemnización por desistimiento se debía reducir para las extinciones anteriores a la entrada en vigor de la reforma podría contravenir el principio constitucional de irretroactividad. Pero esta interpretación en modo alguno está presente en el real decreto-ley⁴³. Por ello, no es nada sencillo concluir que, a la luz de la doctrina constitucional, la citada disposición adicional octava sea contraria a la irretroactividad proclamada en el artículo 9.3 de la CE⁴⁴.

La doctrina judicial reciente ya se ha pronunciado al respecto y no considera que resulten vulnerados los artículos 9.3 y 33.3 de la CE por la aplicación con retroactividad de la disposición adicional octava del Real Decreto-Ley 3/2012, y ello, porque su aplicación no conlleva la privación de derecho alguno que antes del procedimiento ya se hubiera materializado e incorporado al patrimonio del directivo⁴⁵.

⁴¹ SSTC núms. 27/1981 y 6/1983, entre otras.

⁴² SSTC núms. 42/1986, 108/1986 y 99/1987.

⁴³ En este sentido, GOERLICH PESET, J. M.: «La extinción del contrato de trabajo en el Real Decreto-Ley 3/2012: La culminación de una larga evolución» en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R. (dirs.): *Reforma laboral 2012*, Valladolid: Lex Nova, 2012, págs. 313 y 314.

⁴⁴ Así lo dice GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «La nueva regulación sustantiva y procesal del contrato de trabajo en el Real-Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero de 2012: puntos críticos», *Actualidad Laboral*, núm. 9, tomo I, 2012 y en el mismo sentido SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Alta dirección laboral en el sector público», *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 155, 2012.

⁴⁵ Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 24 de Madrid de 14 de septiembre de 2012.

3.5. SEGURIDAD JURÍDICA

Por cuanto ahora interesa, cierto es que podría verse afectado otro principio, el de seguridad jurídica, también garantizado por el mismo artículo 9.3 de la CE. No resulta difícil pensar en supuestos en los que un alto directivo pudo tomar una decisión importante en determinado momento, dejando un puesto de trabajo en la empresa privada, en el que ya había acumulado derechos indemnizatorios a lo largo de una dilatada relación laboral, para aceptar una oferta del sector público, bajo unas condiciones indemnizatorias, recogidas contractualmente, que hoy parecen haber perdido toda efectividad.

La seguridad jurídica que da la firma de un contrato se habría podido ver truncada por una normativa nacida en 2012 en la que se declarara que las cláusulas indemnizatorias por desistimiento empresarial pactadas en el contrato de alta dirección dejan de desplegar efectos, y son automáticamente sustituidas por lo dispuesto en una norma posterior que declara que la indemnización máxima será la de siete días por año de servicio.

A este respecto, llama la atención que se hayan establecido disposiciones transitorias para la reducción de las indemnizaciones por despido improcedente en el ámbito de la relación común y, sin embargo, en el ámbito de la relación especial de alta dirección no se haya dispuesto un régimen transitorio y se haya optado por la retroactividad, tanto si el alto directivo es una persona procedente del sector público (funcionario o empleado con reserva de puesto) como si procede del sector privado (y el blindaje trataba de compensar la pérdida de los derechos ya adquiridos en la empresa de procedencia).

Bien es cierto que la seguridad jurídica no es un principio absoluto, ya que coexiste con otros principios constitucionales con los que ha de hacerse compatible y puede, en consecuencia, restringirse, generando una incertidumbre jurídica –una inseguridad– que habrá de soportarse, y que vendrá dada por innovaciones y cambios normativos exigidos por el progreso político, económico y social.

En este sentido, el Tribunal Constitucional señala que la seguridad jurídica es «suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad», pero «no ampara la necesidad de preservar indefinidamente el régimen jurídico que se establece en un momento histórico, dado en relación con derechos o situaciones determinadas»⁴⁶.

Por su parte, el Tribunal Supremo, ante el eventual conflicto entre seguridad jurídica y legalidad de la actuación administrativa, ha estimado en ocasiones la primacía de la seguridad, basándose en el principio de protección de la confianza legítima del ciudadano.

⁴⁶ STC núm. 27/1981, de 20 de julio.

Este principio sería de aplicación cuando la Administración hubiera realizado signos o hechos lo suficientemente concluyentes, que pudieran inducir a confiar en la «apariencia de legalidad» de una actuación administrativa concreta y muevan la voluntad a realizar determinados actos, así como a hacer inversiones de medios personales o económicos, que después no concuerdan con las verdaderas consecuencias de los actos que, realmente y en definitiva, son producidos con posterioridad por la Administración. Máxime cuando dicha «apariencia de legalidad», que indujo a confusión al interesado, originó en la práctica para este unos daños o perjuicios que no tiene por qué soportar jurídicamente⁴⁷.

Con la referida disposición adicional octava, si bien como ya decíamos anteriormente no se ha conculcado de forma directa y clara el principio de irretroactividad, por no afectar a norma sancionadora o restrictiva de derechos individuales, sin embargo sí que podría haberse conculcado el principio de seguridad jurídica en determinados casos concretos. Ello porque se habría podido sobrepasar el principio de protección de la confianza y también porque la «novedad» bien podría ser tachada en este concreto punto de sorpresiva, al no haberse previsto un régimen transitorio que hubiera permitido adaptar las situaciones subjetivas preexistentes a los cambios normativos introducidos, evitando o reduciendo el perjuicio económico injustificado que pueda ocasionarse⁴⁸.

4. EL DESARROLLO REGLAMENTARIO DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL OCTAVA: EL REAL DECRETO 451/2012

La disposición adicional octava del Real Decreto-Ley 3/2012 se refería a determinadas «especialidades» de los contratos «mercantiles o de alta dirección» del sector público estatal. Estas «especialidades» afectaban a dos cuestiones, las indemnizaciones por extinción por desistimiento empresarial (punto 2.º) y las retribuciones de las sociedades mercantiles estatales (punto 3.º).

La disposición adicional octava contenía también una habilitación normativa para que el Gobierno pudiera desarrollar el párrafo tercero (el referido a las retribuciones) y también para hacer extensible lo dispuesto en materia retributiva para las sociedades mercantiles estatales al resto de entes del sector público estatal a los que resulta de aplicación la norma.

En lo que a la materia indemnizatoria se refiere, la habilitación se circunscribía tan solo a que, en función de la situación económica y de las medidas de política económica, el Gobierno pudiera modificar las cuantías y limitaciones de las indemnizaciones establecidas, sin hacer referencia expresa a si esas modificaciones pueden ser para incrementarlas o para reducir las.

⁴⁷ STS de 8 de junio de 1990.

⁴⁸ SSTC núms. 197/1992 y 205/1992.

El Gobierno, al amparo de la habilitación contenida en la disposición adicional octava dictó el Real Decreto 451/2012⁴⁹, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades. El título del real decreto ya nos adelanta que su objeto va referido exclusivamente al «régimen retributivo».

Así su objeto no sería otro que el de regular el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos del sector público empresarial y otras entidades del sector público estatal, garantizando los principios de austeridad, eficacia y transparencia en su gestión, recogiendo este último con el ánimo de aplicar los criterios de buen gobierno corporativo relativos tanto a las sociedades cotizadas como a las entidades financieras, y que se ha convertido en una de las exigencias fundamentales de la normativa nacional e internacional en los últimos años⁵⁰.

El Real Decreto 451/2012, solo a los efectos retributivos, clasificó el sector público estatal en tres diferentes tipos (la Administración General del Estado, el sector público empresarial y el resto de entidades). Y también solo a los efectos retributivos definió qué debe entenderse por máximos responsables y por directivos.

A este respecto cabe decir que, dado que el Real Decreto 451/2012 no se refiere en ningún momento a las «especialidades indemnizatorias» referidas en la disposición adicional octava del Real Decreto-Ley 3/2012, ni la clasificación del sector público ni la distinción efectuada entre máximos responsables y directivos debería tener incidencia alguna respecto a la calificación que se haga de la relación laboral, a los efectos de aplicar un régimen indemnizatorio u otro.

Así se pronuncia también algún autor que considera que «el régimen de indemnizaciones por extinción de los contratos de alta dirección y de los contratos mercantiles de todas las entidades del sector público estatal se regula en el Real Decreto-Ley 3/2012, mientras que el régimen de retribuciones de dichos contratos se regula en dicha norma legal para las sociedades mercantiles estatales, y en el Real Decreto 451/2012 para el resto de las entidades comprendidas en la LGP artículo 2.1»⁵¹.

Sentado lo anterior, cabe referirse a que, pese a que solo sea a los meros efectos retributivos, llama la atención que el Real Decreto 451/2012, al definir los términos «máximos responsables» y «directivos», mezcle los contratados mercantiles con los laborales de alta dirección e incluso estos últimos con los laborales con relación común. Claramente se está distorsionando la clásica distinción entre contratado mercantil, laboral especial y laboral común, para distinguir entre máximo responsable o directivo sin importar el tipo de relación que le une con la empresa o entidad en la que presta sus servicios.

⁴⁹ BOE núm. 56 de 6 de marzo de 2012.

⁵⁰ SALDAÑA QUERO, C.: «La Reforma Laboral y los directivos de empresas públicas. Breve reseña de los cambios normativos», *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 88, 2013, pág. 238.

⁵¹ GONZÁLEZ ALONSO, A.: «La última reforma del mercado ...», *op. cit.*

Por «máximo responsable» dice que debe entenderse el presidente ejecutivo, el consejero delegado de los consejos de administración o de los órganos superiores de gobierno o administración con funciones ejecutivas de las entidades que integran el sector público empresarial o, en su defecto, el director general o equivalente de dichas entidades. También el administrador de las sociedades mercantiles estatales en las que la administración no se confíe a un consejo de administración.

Es decir, máximo responsable, a efectos retributivos, podrá ser considerado tanto un contratado mercantil con funciones ejecutivas, como un alto directivo con relación laboral especial (director general), si ningún miembro del consejo o del órgano de gobierno ejercita funciones ejecutivas.

Al definir el concepto de «directivos» incluye a quienes formando parte del consejo de administración, de los órganos superiores de gobierno o administración, o actuando bajo su dependencia o la del máximo responsable, ejercitan funciones separadas con autonomía y responsabilidad, solo limitadas por los criterios e instrucciones emanadas del máximo responsable o de los citados órganos de las entidades que forman el sector público empresarial y del resto de las entidades del sector público, excepto la Administración General del Estado. También se considerará directivo a los que se atribuya esta condición en su legislación reguladora.

La Instrucción 1/2012 de la Abogacía General del Estado explica el porqué de la expresión «funciones separadas con autonomía y responsabilidad» utilizada en el Real Decreto 451/2012 en contraposición a la utilizada por el RDAD de «ostentar poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa». La diferente terminología se justifica en que «en el sector público estatal es evidente que los más altos poderes de decisión tendentes a posibilitar la vinculación o compromiso de la persona jurídica pública con terceros se adjudican por las normas reguladoras a ministros, secretarios, subsecretarios y, en menor medida, directores generales –en el seno de la Administración General del Estado– y presidentes y directores –en el caso de la Administración denominada «institucional» o «independiente»–, ninguno de los cuales tiene relación laboral por definición».

Pues bien, aclarada la referida expresión, cabe decir que el término de «directivos», a efectos retributivos, no solo incluye a los que mantienen una relación laboral y actúan bajo la dependencia del máximo responsable, sino también a los consejeros «no ejecutivos» que ejercitan funciones separadas, y a todos los que así sean considerados por la legislación reguladora del organismo o entidad a la que pertenezcan (parece que por el simple hecho de así estar regulado y sin perjuicio de que su relación no reúna los requisitos de la relación de alta dirección recogidos en el RDAD).

Respecto a estos últimos, los directivos a los que se atribuye esta condición en su legislación reguladora, la mencionada Instrucción 1/2012 puntualiza que será suficiente con que la norma específica de la Administración, organismo público o entidad pública de que se trate defina la función como directiva o atribuya al titular del puesto de trabajo la condición de directivo. Esa norma necesariamente deberá tener rango legal, siendo suficiente un real decreto aprobado en Consejo de Ministros, pero resultando insuficiente las denominadas relaciones de puestos de trabajo, al no ser normas.

La distorsión a la que hacíamos referencia con anterioridad, generada por la definición de «máximo responsable» y «directivo», podría llevarnos a pensar que el contrato de alta dirección puede resultar idóneo para todo aquel que ejercite funciones separadas con autonomía y responsabilidad, solo limitadas por los criterios e instrucciones emanadas del máximo responsable o del órgano de gobierno, tanto si no forma parte del órgano de gobierno como si, por el contrario, sí forma parte del mismo pero solo como consejero pasivo. Pero, además, también será idóneo el contrato de alta dirección para los trabajadores considerados directivos por las normas que regulan la entidad u organismo del sector público en el que prestan servicios y ello aunque no reúnan los caracteres de la alta dirección, conforme son definidos en el RDAD.

La respuesta a lo anterior debe ser contundente, las referidas definiciones deben ser tenidas en cuenta, en su caso, solo a los efectos retributivos, no al resto de los efectos que pueden derivarse de una prestación de servicios (ya sea de naturaleza laboral especial, laboral común o de naturaleza mercantil).

Esto último debería cerrar el debate de si las limitaciones indemnizatorias recogidas en la disposición adicional octava Real Decreto-Ley 3/2012 deben afectar solo a los altos directivos del sector público conforme se define la alta dirección en el Real Decreto 1382/1985 o también afecta a otros que, sin cumplir todas las características del Real Decreto 1382/1985, entran dentro de la definición de directivos recogida en el Real Decreto 451/2012.

Lo mismo ocurre en relación con el tipo de entidades que constituyen el ámbito de aplicación del Decreto 451/2012. No parece poderse entender que, a los efectos indemnizatorios, dicha norma haya venido a completar el vacío que dejaba el Estatuto Básico del Empleo Público (EBEP), ya que si bien es cierto que su ámbito de aplicación amplía el del EBEP, lo hace solo a los efectos retributivos. Por lo que, solo a estos puros efectos retributivos, podrá entenderse que el sector público estatal está integrado también por las entidades públicas empresariales, por las sociedades mercantiles estatales definidas en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas y por las fundaciones del sector público estatal definidas en la Ley de Fundaciones.

La técnica legislativa empleada permitiría afirmar que el Real Decreto 451/2012 puede haber excedido la habilitación normativa prevista en el apartado seis de la disposición adicional octava del Real Decreto-Ley 3/2012. Y ello porque no se limita solo a definir el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos del sector público, sino que además define la relación laboral especial del personal de alta dirección en el sector público, llegando a modificar el RDAD. Sabido es que la extralimitación de la norma reglamentaria, cuando sobrepasa el mandato de la ley, hace que incurra en *ultra vires* y por ello que pierda su eficacia, al conculcar el principio de jerarquía normativa.

Sentado lo anterior, parece que, si bien es cierto que la disposición final primera del Real Decreto 451/2012 modifica el artículo 1 del RDAD, la modificación tan solo conlleva considerar que la indemnización recogida en el artículo 11 del RDAD para el supuesto de desistimiento decae ante lo dispuesto en el párrafo 3.º de la disposición adicional octava del Real Decreto-Ley

3/2012 (recordemos que ese párrafo hacía solo referencia a las «especialidades indemnizatorias»). Pero en nada afecta la distinción entre «máximos responsables» o «directivos» a dichos efectos indemnizatorios, al tener relevancia tan solo en relación con los artículos 3 y 4 del RDAD, que regulan aspectos retributivos que se regirán no solo por la voluntad de las partes, sino que tendrán que respetar los límites recogidos en el Real Decreto 451/2012.

No han faltado autores que opinan que hubiera sido mejor que el Real Decreto-Ley 3/2012 hubiera modificado el artículo 13 del EBEP introduciendo una definición de lo que haya de entenderse por función directiva profesional en las Administraciones públicas. Y que también se hubieran modificado los artículos 1 y 2 del ET, para así introducir una mención a las peculiaridades de quienes ejercen funciones directivas en el sector público y hayan de quedar al margen de la relación laboral y de quienes, por el contrario, son sujetos de una relación laboral especial. Proceso normativo que debería haber concluido, en desarrollo de las previsiones legales, con una norma reglamentaria estatal general *ad hoc* que de forma articulada, completa y específica, regulará el régimen jurídico especial de la relación de alta dirección en el sector público⁵².

Lo cierto es que la deficiente técnica legislativa utilizada deja margen para la interpretación, principalmente porque el Real Decreto 451/2012 en su artículo 4.2 dispone que «los máximos responsables no previstos en el apartado anterior y los directivos, estarán vinculados profesionalmente por un contrato de alta dirección, que se regirá por lo dispuesto en la disposición adicional octava del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, por lo dispuesto en este Real Decreto, por el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, en cuanto no se oponga a este Real Decreto y por la voluntad de las partes».

5. LA LITIGIOSIDAD GENERADA POR LOS RECIENTES CAMBIOS NORMATIVOS Y EL CONCEPTO DE ALTA DIRECCIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La adaptación de los contratos y los ceses producidos en aplicación de la disposición adicional octava del Real Decreto-Ley 3/2012 o de la Ley 3/2012 y del Real Decreto 451/2012 han ocasionado, y seguirán haciéndolo, una abundante litigiosidad. Cuando se impugna la adaptación del contrato, el directivo alegará una irregular modificación sustancial de sus condiciones de trabajo. Cuando el objeto del pleito sea la indemnización correspondiente al desistimiento empresarial, el directivo tratará de hacer valer las cantidades del blindaje previsto en el contrato, suscrito con anterioridad a la aprobación del Real Decreto-Ley 3/2012 y que la Administración se ha negado a aplicar en el momento del cese.

⁵² En este sentido se pronuncia SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Alta dirección laboral ...», *op. cit.*

- A) Respecto al primer tipo de demandas, la Administración viene alegando que el cambio de las condiciones, tanto en lo retributivo como en lo indemnizatorio, deviene de la aprobación de una norma legal y no de la voluntad unilateral de una de las partes. Niega, por tanto, que puedan considerarse modificaciones sustanciales que produzcan los efectos previstos en el artículo 10.3 del RDAD, al tratarse del cumplimiento estricto de lo ordenado en una norma legal cuya constitucionalidad se presume⁵³.
- B) Respecto al segundo tipo de demandas, la Administración alegará que las cláusulas que recogen blindajes han devenido nulas por aplicación directa de lo preceptuado en la nueva normativa, la cual constituye derecho necesario absoluto y se impone a la autonomía de la voluntad de las partes⁵⁴.

Ahora bien, ya se adelanta que, en ambos tipos de procedimientos, será frecuente que además se discuta la verdadera naturaleza de la relación que existe o ha existido entre las partes contratantes. De ser así, será el juez quién deberá calificar la relación de mercantil o laboral, y dentro de esta última como especial de alta dirección o como común.

Como es sabido, si difícil suele resultar discernir si la relación laboral del directivo es especial o común, en el caso de los directivos de la Administración pública la dificultad para calificar la relación puede ser todavía mayor. Por ello la jurisprudencia ha venido matizando el concepto de alta dirección en la Administración pública. Lo hizo por primera vez el Tribunal Supremo en relación con los titulares de los órganos de dirección de los centros sanitarios del Instituto Nacional de la Seguridad Social. El alto tribunal consideró que no cabía exigir la concurrencia de los requisitos del artículo 1.2 del RDAD, pues tal interpretación vaciaría de contenido una norma de rango legal (la Ley 30/1999, de 5 de octubre, de selección y provisión de plazas de personal estatutario de los Servicios de Salud) que expresamente preveía la cobertura del puesto por personal de alta dirección en su disposición adicional décima y la dejaría sin efecto⁵⁵.

Todo parece apuntar a que, en ese supuesto, pudo ser determinante el hecho de que la previsión específica del contrato de alta dirección estuviera contenida en una norma de rango legal. Lo mismo ocurrió en otros casos en los que también se ha considerado personal de alta dirección a trabajadores que, sin reunir los requisitos del RDAD, estaban calificados como tal por la normativa reguladora del organismo público al que pertenecían, haciéndose también expresa referencia al artículo 13 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleo Público⁵⁶.

⁵³ Así se mantiene en la Instrucción 1/2012 de la Abogacía General del Estado.

⁵⁴ Véase a SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Alta dirección laboral ...», *op. cit.*

⁵⁵ STS de 2 de abril de 2001.

⁵⁶ SSTSJ de Madrid de 12 de enero de 2011 en aplicación del artículo 38 del Real Decreto 1403/2007, regulador del Estatuto del Centro Cultural de la Agencia Española de Cooperación Internacional y Desarrollo y de 21 de junio de 2002 en aplicación de la disposición adicional tercera del Real Decreto 415/1985, de 27 marzo que dispuso que el gerente de la Imprenta Nacional del BOE mantendrá una relación que se entenderá incluida entre las de carácter especial.

Caso de no existir norma con rango legal que dispusiera la naturaleza de alta dirección del puesto, habría que estar, en lo que a la calificación se refiere, a que el cargo se acomode a lo dispuesto en el artículo 1.2 del RDAD. En este sentido fueron dictadas sentencias en las que, para calificar la relación laboral como propia de la alta dirección, se verificó previamente si se daban los elementos propios de la alta dirección⁵⁷. Pero tampoco han faltado otras que recogan un concepto flexible de alta dirección en la Administración, en la que la relación de confianza, el poder de decisión y la dependencia de los órganos de gobierno eran los fundamentos de la relación de alta dirección⁵⁸.

Cierto es que la Ley 7/2007⁵⁹ supuso un importante cambio en la configuración del concepto de la alta dirección en el sector público. El artículo 13 del EBEP parte de que el personal directivo es el que desarrolla las funciones directivas profesionales, que están definidas como tales en las normas específicas de cada Administración pública. Además dispone que cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección⁶⁰.

Por tanto, conforme a esta ley, si la norma específica de la entidad pública determina las funciones directivas o los puestos directivos, todos los que las desarrollen o los ocupen se considerarán personal de alta dirección, independientemente de si concurren o no las características exigidas en el artículo 1.2 del RDAD. Lo anterior viene reforzado por dos importantes circunstancias, por una parte el hecho de que el EBEP es una norma con rango de ley y, por tanto, de mayor rango legal que el RDAD. De otra parte, por el hecho de que el artículo 2.1 i) del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores⁶¹ extiende el concepto de relación laboral de carácter especial a «cualquier trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una ley».

Ahora bien, el artículo 13 del EBEP solo será aplicable a las entidades incluidas en su ámbito de aplicación, es decir, a las comprendidas en el artículo 2 del EBEP. En consecuencia, quedan excluidas de su ámbito de aplicación las sociedades mercantiles públicas y las fundaciones del sector público, las cuales, aunque puedan invocar la existencia de una doctrina judicial que maneja un concepto flexible de alta dirección en las Administraciones públicas, no podrán invocar el artículo 13 del EBEP para calificar el contrato de sus directivos como de alta dirección. Por lo

⁵⁷ STSJ de Madrid de 28 de febrero de 2007.

⁵⁸ SSTSJ de Galicia de 23 de abril de 2010 y de Baleares de 24 de octubre de 2008.

⁵⁹ BOE núm. 89 de 13 de abril de 2007.

⁶⁰ GAYARRE CONDE, I.: «Aplicación de la reforma laboral en el sector público», *Ponencia en el IV Congreso Aranzadi Social*, junio 2013, haciendo referencia a que pese a que se pretende que el artículo 13 del EBEP sea la primera piedra del nuevo régimen jurídico del personal directivo al servicio de las Administraciones públicas, las reglas que contiene son «escasas e indefinidas», razón por la cual en opinión de muchos este tema sigue constituyendo una asignatura pendiente de nuestro sistema de empleo público.

⁶¹ BOE núm. 75 de 29 de marzo de 1995.

que, en este último tipo de entidades, sigue siendo de aplicación, a los efectos de la calificación de la relación laboral, lo dispuesto en el artículo 1.2 del RDAD y la abundante jurisprudencia que ha interpretado dicho artículo.

La Instrucción 1/2012 de la Abogacía General del Estado hace mención expresa a la especialidad del concepto de personal de alta dirección en el sector público y justifica el que sea más amplio que el definido en el artículo 1.2 del RDAD en el artículo 13.1.º y 4.º del EBEP y en los principios de austeridad, eficiencia y transparencia en la gestión recogidos en el artículo 1 del Real Decreto 451/2012. Sin embargo, la instrucción no hace diferencia alguna, a estos efectos, según el tipo de entidad del sector público en la que preste servicios el directivo.

Como es sabido, la calificación de la relación laboral como de alta dirección o como común conlleva importantes consecuencias legales en materia extintiva, ya que el desistimiento empresarial no es posible en la relación laboral común y, por tanto, si el cese se produce por esta causa y el trabajador no es un alto directivo, el supuesto desistimiento se torna en despido improcedente al que ya no le aplica las limitaciones indemnizatorias previstas en las disposiciones adicionales octava del Real Decreto-Ley 3/2012 y de la Ley 3/2012.

Por último, cabe decir que incluso algún autor ha llegado a cuestionar la figura del libre desistimiento empresarial como causa eficaz para dar por finalizado el contrato con el alto directivo en el sector público, al considerar que esta forma de extinción es de dudosa aplicación en el marco del directivo público, pues el artículo 13 del EBEP exige inexcusablemente el sometimiento del mismo a un sistema de evaluación objetiva, que parecería vedar la posibilidad de un cese libre o absolutamente discrecional de los directivos públicos en sus cargos⁶².

6. DISPARIDAD DE CRITERIOS EN LA DOCTRINA JUDICIAL RECIENTE

Los tribunales ya han empezado a dictar sentencias en las que se aprecia la existencia del referido amplio margen interpretativo que permite la normativa analizada. A modo de ejemplo puede hacerse referencia a varias sentencias dictadas por diferentes juzgados de lo Social de Madrid en las que se ha llegado a diferentes conclusiones y a dos recientes sentencias del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid que tratan la cuestión que se aborda en el presente trabajo:

⁶² RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Pautas para el diseño del régimen retributivo aplicable al personal directivo público laboral de carácter profesional», en ORTEGA ÁLVAREZ, L. y MAESO SECO, L. F. (coord.): *La alta dirección pública: análisis y propuestas*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2010, pág. 146.

- A) La primera de estas sentencias del TSJ de Madrid es de fecha 8 de marzo de 2013. En ella se ratifica la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 30 de Madrid, de 26 de julio de 2012. Esta sentencia de instancia mantuvo que para calificar el tipo de relación laboral que une al directivo con una sociedad mercantil estatal integrada en el sector público (SEPIDES) hay que estar a la definición del Real Decreto 1382/1985 y consideró nulo el Real Decreto 451/2012 por exceso de potestad reglamentaria.

La sentencia declara que no puede aplicarse a SEPIDES el artículo 13 del EBEP porque, aunque forma parte del sector público al ser una sociedad estatal, no es una Administración pública. Por ello, entra a valorar si los servicios prestados por los demandantes reunían, o no, los caracteres propios de una relación laboral especial de alta dirección, llegando a la conclusión de que no se daban tales caracteres y por ello declarándose la existencia de una relación laboral común.

El TSJ de Madrid mantiene además que la disposición adicional octava del Real Decreto-Ley 3/2012 en ningún momento modificó la conceptualización legal del personal laboral sujeto a contrato de alta dirección y que el apartado 6 de dicha disposición adicional solo autorizaba al Gobierno para que pudiera desarrollar el régimen retributivo del personal con contrato mercantil o de alta dirección en el sector público.

Razona que el artículo 35.2 de nuestra Carta Magna consagra una incuestionable reserva de ley en todo aquello que atañe a la regulación del ET, de suerte que el régimen jurídico de la relación contractual laboral exige rango de ley.

Partiendo de que una cosa es ajustar el nivel de remuneraciones del personal de alta dirección y otra, completamente diferente, variar un concepto jurídico añejo y regulado por el ordenamiento jurídico positivo, como es el referido a qué se entiende por relación laboral especial de alta dirección, concluye el tribunal que la norma reglamentaria ha creado una nueva figura (la de «directivos» del sector público) en la que ha integrado dentro del personal laboral de alta dirección a determinados trabajadores calificados como directivos (no altos directivos) que ejercen funciones de dirección pero sin que reúnan las características señaladas en el artículo 1.2 del RDAD.

La sentencia considera que el Real Decreto 451/2012 estaría contrariando el principio de jerarquía normativa e incurriendo en un evidente exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, porque una cosa es desarrollar una norma legal, y otra, completamente distinta, sobrepasar la habilitación otorgada para el ejercicio de la potestad reglamentaria e, incluso, variar la ley habilitante con proyección, igualmente modificativa, sobre otra normativa legal en vigor.

Se razona también por dicho tribunal el alcance de la disposición final primera del Real Decreto 451/2012, por la que se añade un apartado cuarto al artículo 1 del RDAD con la siguiente redacción: «El presente Real Decreto se aplicará a los máximos responsables y personal directivo a que se refiere el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, sobre régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades, que no estén vinculados por una relación mercantil, en aquello que no se oponga al mismo ni al Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado la-

boral». El Tribunal considera que tal añadido únicamente puede entenderse referido al régimen retributivo del personal laboral de alta dirección del sector público, pues otro entendimiento lo haría inaplicable sin más.

Por todo ello, como hemos adelantado, se acaba ratificando la sentencia de la instancia en la que se había declarado que no resultaba aplicable la limitación indemnizatoria exigida por la disposición adicional octava del Real Decreto-Ley 3/2012 y ello porque no cabe utilizar el desistimiento como causa de cese de un trabajador que mantiene una relación laboral común.

Puede concluirse de estas sentencias que, para valorar los posibles efectos indemnizatorios del cese de un directivo del sector público (especialmente si lo es de sociedades mercantiles públicas y fundaciones del sector público, que quedan fuera del ámbito del EBEP) hay que, primeramente, calificar la relación laboral como especial de alta dirección o común. También que dicha calificación deberá hacerse siguiendo los criterios recogidos en el artículo 1.2 del RDAD y en la jurisprudencia que lo interpreta. Y, por último, que no es lo mismo, a estos efectos, ser directivo de una sociedad mercantil estatal integrada en el sector público que ser directivo de la Administración pública.

Sin embargo, otros juzgados han mantenido criterios diferentes, así el Juzgado de lo Social n.º 24 de Madrid, en Sentencia de 14 de septiembre de 2012. Se juzgaba un caso en el que el actor había iniciado una relación con una empresa pública como delegado de grupo, suscribiendo un contrato de trabajo en el que se calificaba la relación laboral como ordinaria para posteriormente pasar a ser secretario general, suscribiendo nuevo contrato con la misma calificación de la relación. Pese a ello, la sentencia considera que el actor, funcionario de carrera, era un alto directivo y por tanto que fue válido el desistimiento en las condiciones reguladas por la disposición adicional octava del Real Decreto-Ley 3/2012.

Se razona en la sentencia que, tratándose de un servicio público, no puede estarse a la literalidad del RDAD, pues si se exigiera que el directivo ejercitara poderes inherentes a la titularidad de la empresa y relativos a objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad, tal como exige la citada norma, no existiría ningún caso al que pudiera aplicársele. Y, por tanto, se mantiene que lo que debe primar en estos casos es la relación de confianza que se establece entre empresa y directivo, entendiendo que el otorgamiento de poderes por parte del consejo de administración, en los términos en los que se le atribuyeron, revela esa relación de confianza.

Además se afirma con rotundidad que el Real Decreto 451/2012 no conculca el principio de legalidad ni tampoco el de jerarquía normativa, y ello porque debe ser tenida en cuenta la jurisprudencia que ha venido interpretando el concepto de alto directivo en la Administración pública (citando la STSJ de Baleares de 26 de octubre de 2008 que invoca la STS de 2 de abril de 2001).

Por último, el Juzgado de lo Social n.º 35 de Madrid, en Sentencia de 4 de febrero de 2013, ha declarado que las dudas que puede generar la delimitación de directivos que realiza el artículo 3 b) del Real Decreto 451/2012 deben ser resueltas mediante

una interpretación sistemática e integrada del ordenamiento, que «debe conducir a entender que la definición de directivo expuesta son, en sentido técnico, los altos directivos, es decir, los sujetos de la relación laboral especial que regula el Real Decreto 1382/85». Y ello porque afirma el magistrado que «se trata de un concepto que hay que elaborar por remisión y sin autonomía propia». En este sentido, apoya su interpretación en la definición de directivo que se contiene en el Real Decreto-Ley 2/2012, en relación con las entidades de crédito, en cuyo artículo 5.7 dice que se entiende por «directivos» los directores generales así como los integrantes de la alta dirección, de conformidad con la definición contenida en el artículo 1 del Real Decreto 1382/1985. Considera el magistrado que dada la proximidad temporal que existe entre ambas normas, esta última definición de directivo debe ser tenida en cuenta como criterio interpretativo de la contenida en el Real Decreto 451/2012.

- B) La segunda de las sentencias del TSJ de Madrid a la que hacemos referencia es la de fecha 14 de mayo de 2013. Viene a ratificar la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 29 de Madrid, de 27 de septiembre de 2012 que declaró ajustado a derecho el cese de una directiva de la sociedad estatal Paradores de Turismo a la que le fueron aplicados los límites indemnizatorios recogidos en la disposición adicional octava del Real Decreto-Ley 3/2012.

La directiva, funcionaria de carrera, había suscrito un contrato de alta dirección que se remitía, en lo no previsto en el mismo, al RDAD. En la sentencia se mantiene que debe ser aplicado el principio general del derecho *pacta sunt servanda* y la llamada doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad de «venirse contra *factum proprium non valet*» que significa la vinculación del autor(a) de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio.

Lo cierto es que los directivos del sector público están acudiendo a los tribunales buscando que sea analizado su caso concreto y el grado de afectación o el perjuicio que les ha causado la limitación de las indemnizaciones impuesta de manera repentina en el sector público, aduciendo que se han vulnerado además de los principios constitucionales de irretroactividad y de seguridad jurídica a los que hemos hecho referencia, otros como el principio de confianza y la buena fe contractual y negando en muchas ocasiones que les resulte aplicable la nueva normativa, dada la naturaleza ordinaria de su relación laboral.

7. CONCLUSIONES

1. El Real Decreto-Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, introdujo importantes limitaciones en materia de indemnización por desistimiento del empresario para los contratos mercantiles y de alta dirección del sector público estatal.

2. La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, hizo extensivas las limitaciones indemnizatorias por desistimiento a los directivos de los entes, consorcios, sociedades, organismos y fundaciones que conforman el sector público autonómico y local.
3. A partir de la entrada en vigor de las citadas normas, cuando los altos directivos del sector público son cesados por desistimiento del empresario deberán cumplirse las siguientes exigencias:
 - a) El importe de su indemnización no podrá ser superior a siete días por año de servicio de la retribución anual en metálico, con un máximo de seis mensualidades y sin computar los incentivos ni los complementos variables.
 - b) El preaviso no podrá ser superior a quince días.
 - c) Si el alto directivo ostenta la condición de funcionario de carrera del Estado, de las comunidades autónomas o de las entidades locales o es empleado de alguna entidad integrante del sector público estatal, autonómico o local con reserva de puesto de trabajo no tendrá derecho a indemnización alguna.
 - d) Devienen nulos de pleno derecho los blindajes establecidos en los contratos mercantiles o de alta dirección que se opongan a las referidas limitaciones indemnizatorias, independientemente de la fecha en la que se celebró el contrato.
4. El Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, sobre régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades, que no estén vinculados por una relación mercantil, introdujo una diferenciación entre máximos responsables y directivos, que no debe tener ninguna aplicación en lo que a las limitaciones indemnizatorias por desistimiento se refiere, ya que el ámbito de este reglamento está limitado al régimen retributivo y no al indemnizatorio.
5. Para calificar el tipo de relación laboral que une al directivo con las entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles públicas y fundaciones del sector público hay que estar a la definición de alto directivo del artículo 1.2 del RDAD y a la abundante jurisprudencia que ha interpretado dicho artículo. En el caso de altos directivos de las Administraciones públicas definidas en el artículo 2 del EBEP habrá que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 13 del EBEP y atender a las normas específicas de cada Administración pública.