

LOS INCREMENTOS SALARIALES DEL PERSONAL LABORAL DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO ESTATAL TRAS LA LEY DE PRESUPUESTOS DEL ESTADO PARA 2009

ALEJANDRO BLÁZQUEZ LIDOY

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad Rey Juan Carlos*

JULIÁN GARCÍA PAREJA

*Coordinador Jurídico Fundaciones IMDEA
de la Comunidad de Madrid
Abogado*

Extracto:

LA Ley de Presupuestos del Estado para 2009 ha establecido por primera vez de forma expresa una limitación presupuestaria a las fundaciones del sector público estatal, cuestión esta que anteriormente era controvertida. Con la actual norma, el incremento salarial del personal de las fundaciones del sector público, incluidos los altos cargos de la misma, solo podrán incrementar su salario con el límite que se aplique al resto de personal de las Administraciones públicas. De esta manera, este personal siempre aplicará la peor de las dos situaciones existentes, la de convenio o la de la Ley de Presupuestos.

Palabras clave: Ley de Presupuestos, fundaciones públicas, limitación retributiva y altos cargos.

Sumario

1. Introducción.
2. El régimen jurídico del personal de las fundaciones del sector público estatal.
3. Leyes de Presupuestos hasta 1 de enero de 2008.
4. Legislación presupuestaria y normativa convencional a partir de la Ley 2008.
5. Las particularidades de las fundaciones del sector público con personal laboral cuyos salarios son superiores a los del convenio aplicable.
6. Régimen del personal de las fundaciones del sector público estatal que carece de convenio colectivo aplicable.
7. La no congelación de las retribuciones de los altos cargos de las fundaciones del sector público.
8. La posibilidad excepcional de incrementos retributivos superiores a los indicados como referente por la Ley de Presupuestos.

1. INTRODUCCIÓN

Las fundaciones del sector público representan un sector consolidado en el ámbito jurídico. Según información que consta en el Ministerio de Economía y Hacienda (consultada en su página web el 31 de julio de 2007), había 55 fundaciones del sector público estatal, 225 de comunidades autónomas, y 260 pertenecientes al ámbito local. Además, hay 14 fundaciones con participación estatal minoritaria. El total de fundaciones del sector público, excluyendo las que tienen una participación estatal minoritaria, ascendería en dicha fecha a 540 ¹. A esto hay que añadir que según la revista *Perspectivas del Sistema Financiero* (2007, núm. 91) en España existen 2.500 fundaciones activas y 4.660 eran inexistentes o tenían un nivel de actividad mínimo. De esta manera, el peso del sector público en el ámbito fundacional no se puede desdeñar ².

Las fundaciones del sector público son, por tanto, una realidad generalizada en las Administraciones públicas, que ofrece una serie de garantías y ventajas que otras figuras no permiten. Y, ciertamente, las fundaciones del sector público aúnan flexibilidad en su funcionamiento y en los controles, frente a la rigidez del Derecho administrativo, conservar el carácter no lucrativo de la entidad, lo que supone acceder a subvenciones que están limitadas a entidades sin ánimo de lucro, y, además, permite la reversión del patrimonio a la Administración una vez que la fundación no sea necesaria ³. Pero es que, incluso, permiten actuar en el mercado. No hay que olvidar que una fundación puede realizar actividades empresariales o económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundaciones o sean complementarias o accesorias a los mismos (art. 24 de la Ley 50/2002). De hecho, el Reglamento (CE) núm. 2223/96 del Consejo de 25 de junio de 1996, relativo al sistema europeo de cuentas nacionales y regionales de la Comunidad, distingue entre las instituciones sin fines de lucro que sean productores de mercado y se dedican principalmente a la producción de bienes y servicios, de aquellas otras que no son productores de mercado.

¹ En el informe de Fiscalización de los Sectores Públicos Autonómicos y Local del ejercicio 2002 del Tribunal de Cuentas (BOCG, serie A, núm. 448, de 2 de noviembre de 2007, pág. 7) se señala que había 191 fundaciones del sector público autonómico.

² Con relación al personal de las fundaciones del sector público, en el informe de la IGAE sobre Personal al servicio del Sector Público Estatal de 2007 (NIPO 601-08-073-3) se señala que el personal del sector público estatal no administrativo ascendía en 2006 a 178.321 efectivos, de los cuales 2.319 estaban en fundaciones estatales (1,3%). Dentro de ese personal, la mayoría eran Directivos y Técnicos. Con relación al importe total, en el Informe Económico-Financiero 2006 sobre Fundaciones Estatales de la IGAE se indicaba que los gastos de personal eran de 102.258.570 euros. Ambos informes pueden verse en la página web de la IGAE (<http://www.igae.meh.es/Internet>).

³ De hecho, en un documento de la Comisión Europea (*Giving more for research in Europe: the role of foundations and the non-profit sector in boosting R&D investment*, septiembre 2005, § 3.5) señala que actualmente hay una tendencia en la que se emplean fundaciones como nuevo instrumento para las políticas públicas de investigación, debido a que es un modo más flexible e independiente.

Pero la existencia y el empleo de fundaciones del sector público en un primer momento no se vio acompañada de una regulación acompasada⁴. En el ámbito del Estado esta situación se ha ido solventando de forma paulatina desde finales de 2002, con la aparición de la Ley de Fundaciones. Posteriormente, leyes como la General Presupuestaria, la de Subvenciones, la de Incompatibilidades, la de Contratos del Sector Público, han ido delimitando su acervo normativo. Aunque, ciertamente, la regulación es dispersa. Algunas comunidades autónomas se han enfrentado a su regulación y en otras es todavía una asignatura por cursar. Y las grandes olvidadas siguen siendo las fundaciones públicas de las entidades locales.

El objeto de este trabajo se limita a estudiar una novedad legislativa en el ámbito de la Ley de Presupuestos del Estado relacionado con el ámbito laboral y el incremento retributivo, ya que por primera vez en el ámbito estatal se han limitado legalmente y de forma expresa los incrementos salariales de este personal, equiparándose con el resto de personal del sector público estatal.

2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO ESTATAL

La primera mención que aparece con relación al personal de las fundaciones del sector público estatal fue en la Ley 50/2002, de Fundaciones, donde en su artículo 46.4 se dispone que «La selección del personal deberá realizarse con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria».

⁴ La aparición de las fundaciones públicas sin el necesario acompasamiento legislativo fue objeto de crítica. Por todos, puede verse la Recomendación del Justicia de Aragón sobre la necesidad de aprobar una ley que dé solución a la problemática jurídica y administrativa derivada de la situación de las fundaciones privadas de iniciativa pública en Aragón (Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma, núm. 164, 12 de febrero de 1998). En dicha Recomendación se dice:

«Las fundaciones privadas de iniciativa pública suponen, caso de mantener su situación de vacío normativo y realizar un uso abusivo de las mismas, un vaciamiento de funciones de la Administración Pública como tal. El fin de articular los servicios administrativos en torno a formas ágiles y cómodas de gestión con el máximo grado de autonomía posible para las mismas no justifica en modo alguno esta excepción absoluta a la aplicación del Derecho Administrativo en las relaciones orgánicas, contractuales, laborales y económicas en general de estos entes privados. La relación de instrumentalidad entre una fundación y la Administración que la crea es más o menos obvia, pero no así la relación mínima de vinculación o dependencia que exige la Ley 30/92 para considerar Administración Pública a un ente de la órbita del sector público, y derivar de dicha consideración la aplicación de la legislación de contratación pública o de control financiero, por ejemplo.

Se trata de una puerta abierta a la discrecionalidad más absoluta, que se manifiesta casi groseramente en la configuración de los órganos de gestión de las fundaciones (Patronato), en que puede llegarse incluso a colocar cargos ajenos a la plantilla de la persona jurídico-pública que impulsa la fundación, elegidos con arreglo a criterios discrecionales, con la sola necesidad de la voluntad política del titular del órgano administrativo que ha creado la fundación. También se revela esta indulgencia en materia patrimonial y económica, pues cabe asimismo cuestionar si el Derecho Administrativo admite la posibilidad de que un patrimonio público, en principio dependiente de su gestión, pueda sufrir una desvinculación automática de este género y por esta vía privada (es decir, mediante el mero otorgamiento de un acta fundacional ante un notario). Ello implicaría la pérdida del control presupuestario del patrimonio –a salvo de la facultad de control subsistente en manos del protectorado–, y sin que se asegurase fehacientemente que los bienes o derechos dotados a la fundación servirían al fin o interés público pretendido por la ley.

La puesta en marcha de la maquinaria económica que entraña la creación de una fundación conlleva la contratación de personal, de suministros, acaso de obras y servicios, las cuales se llevan a cabo al margen de las garantías dispuestas por la legislación jurídico-pública aplicable (la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en adelante LCAP), siendo este un campo abonado para la arbitrariedad y el clientelismo».

Posteriormente, la normativa se ha ido paulatinamente concretando. Así, la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público tiene un ámbito de aplicación general que excluye a las fundaciones del sector público. En concreto, el artículo 2 limita la aplicación del mismo a ciertas Administraciones Públicas y a «Los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas». Y una fundación del sector público no es una entidad de derecho público por lo que no estaría incluida⁵. Sin embargo, la disposición adicional primera de dicha norma establece que «Los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica». Por tanto, y por lo que aquí afecta, a las fundaciones del sector público, pero siempre que estén definidas así en su normativa específica. De esta manera, no es suficiente con que una fundación sea considerada del sector público con arreglo a la normativa de contratos o la normativa de subvenciones, en tanto se trata de legislación *general*. Es cada comunidad autónoma o entidad local, en su legislación *específica*, la que debe calificar a sus fundaciones como autonómicas o locales. Así, no hay que olvidar que algunas comunidades autónomas, como es el caso de Madrid, no regulan las fundaciones autonómicas. Si esto fuera así, resulta que los anteriores preceptos no se aplicarían a todas las fundaciones del sector público. Sí se aplican, en todo caso, a las fundaciones del sector público estatal, en tanto expresamente están reguladas en la normativa estatal.

En cualquier caso, los artículos 52 a 54 vienen a regular el Código de Conducta, los principios éticos, los principios de conducta, que afectan al personal de la fundación. Los artículos 55 y 59, por su parte, están dirigidos a la propia fundación, en tanto que afectan a los principios rectores a la hora de acceder a los puestos de trabajo y lo referente a las personas con discapacidad. Especial interés tiene el artículo 55 en tanto supone, a nuestro parecer, una derogación del artículo 46.4 de la Ley de Fundaciones en tanto es una ley posterior⁶.

A esta regulación hay que añadir que precisamente la Ley 7/2007 modificó la Ley de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas. En concreto, el artículo 2.1 g) de la Ley 53/1984, tras la nueva redacción, dispuso la aplicación de la Ley de Incompatibilidades al personal de las fundaciones «cuyos presupuestos se doten ordinariamente en más de un 50 por cien con subvenciones u otros ingresos procedentes de las Administraciones Públicas».

⁵ No obstante lo anterior, la STSJ de Cantabria del 4 de febrero de 2009 (recurso núm. 39/2009) afirma que al ser una fundación constituida y financiada con fondos públicos estamos ante una entidad de Derecho público vinculada a la Administración. A nuestro parecer, es una doctrina totalmente incorrecta.

⁶ El artículo 55 de la Ley 7/2007 establece que:

- «1. Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico.
2. Las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados, así como los establecidos a continuación:
- a) Publicidad de las convocatorias y de sus bases.
 - b) Transparencia.
 - c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección.
 - d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección.
 - e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar.
 - f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección».

Por último, la regulación del personal de las fundaciones del sector público afecta al régimen de los altos cargos. Así, la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, señala que son altos cargos, «Los presidentes, los directores y gerentes de las fundaciones públicas estatales siempre que perciban retribuciones por el desempeño de estos cargos, así como los titulares de aquellos otros órganos a los que sus Estatutos les atribuyan tal condición» [art. 3.2 j)]. Y, por tanto, se le aplica a los Directores y Gerentes el régimen de incompatibilidades de los altos cargos. A su vez, el hecho de ser alto cargo supone que los funcionarios puedan ir a estas entidades en régimen de servicios especiales. La Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público, establece en su artículo 87.1 c) que los funcionarios de carrera serán declarados en situación de servicios especiales «Cuando sean nombrados para desempeñar puestos o cargos en Organismos Públicos o entidades, dependientes o vinculados a las Administraciones Públicas que, de conformidad con lo que establezca la respectiva Administración Pública, estén asimilados en su rango administrativo a altos cargos». Repárese en que se hace mención a entidades vinculadas o dependientes a Administraciones públicas, sin más. Es un precepto *distinto*, si lo relacionamos con el ámbito de las fundaciones del sector público, donde la definición de las mismas se define con relación a la financiación. Sin embargo, es un precepto que debe interpretarse de forma amplia, dando cabida a las fundaciones del sector público, pues en la medida en que ya sea mediante el control del patronato ya sea mediante la financiación, existe vinculación o dependencia ⁷. Por último, señalar que precisamente el hecho de ser alto cargo conlleva que la selección de los mismos no esté sometida a los principios de selección del Estatuto del Empleado Público. Lo que subyace es una relación de confianza con los mismos. O, dicho en términos administrativos, son cargos de libre designación. Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional en un Auto de fecha 28 de julio de 1999 (Auto 206), donde partiendo de la base de que nos encontramos ante una institución que opera bajo la dependencia de la Administración y ser el cargo de Director de la fundación de confianza política personalísima, son cargos que se pueden nombrar y cesar por razones de confianza. Esto, naturalmente, con independencia de que la fundación pueda aplicarlos de forma voluntaria ⁸.

Por último, y a efectos de control, la Orden EHA/614/2009, de 3 de marzo, por la que se regula el contenido del informe al que hace mención el artículo 129.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, ha establecido en su apartado 8 la información que deberá darse con relación al personal de la fundación ⁹.

⁷ Es más, no hay que olvidar que la propia Ley de Altos Cargos, Ley 5/2006, determina en su artículo 3.1 que el título Conflicto de Intereses es aplicable «al resto de los altos cargos de la Administración General del Estado y de las entidades del sector público estatal, de derecho público o privado, vinculadas o dependientes de aquella», mientras que en su apartado 2, que es una concreción del anterior, se menciona a las fundaciones. Por tanto, expresamente se considera a las fundaciones como entes dependientes o vinculados.

⁸ De hecho, en el Ministerio de Cultura y conforme a lo señalado en un Código de Buenas Prácticas afirmó que los altos cargos en museos, bibliotecas, teatros se harían por concurso y no por libre designación.

⁹ El apartado 8 dispone que «Las entidades deberán suministrar la siguiente información relativa al personal, de acuerdo con los modelos previstos en el anexo IV de esta Orden:

- a) Descripción de los sistemas empleados para la selección del personal.
- b) Evolución en los tres últimos ejercicios de los sueldos y salarios, la plantilla media y el sueldo medio de personal.
- c) Normas o acuerdos del órgano de gobierno que determinan incrementos salariales.
- d) Origen de las modificaciones en el gasto de personal respecto al ejercicio anterior.
- e) Altas, desagregando en hombres y mujeres.

Esta es la normativa que existía con relación al personal de las fundaciones del sector público estatal hasta la aprobación de la Ley de Presupuestos del Estado para 2009. El resto de la regulación es la propia del Derecho Laboral.

3. LEYES DE PRESUPUESTOS HASTA 1 DE ENERO DE 2008

Una de las cuestiones más significativas con relación al personal de las fundaciones del sector público estatal tiene que ver con el incremento de retribuciones de forma anual. En principio, las fundaciones se rigen por el Derecho privado, y, por tanto, el incremento retributivo debería sujetarse a lo establecido en convenio. Sin embargo, pertenecen al sector público, y, por tanto, lo cierto es que las cuestiones salariales tienen una incidencia directa en el aspecto presupuestario.

Hasta la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2009, Ley 2/2008, la redacción que había en las sucesivas leyes presupuestarias era la siguiente (por todas, el art. 22.Uno de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008):

«Uno. A efectos de lo establecido en el presente artículo, constituyen el sector público:

- a) La Administración General del Estado, sus Organismos autónomos y Agencias estatales y las universidades de su competencia.
- b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas, los Organismos de ellas dependientes y las Universidades de su competencia.
- c) Las Corporaciones locales y Organismos de ellas dependientes, de conformidad con los artículos 126.1 y 4 y 153.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril.
- d) Las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social.
- e) Los Órganos constitucionales del Estado, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 72.1 de la Constitución.
- f) El Banco de España.
- g) Las sociedades mercantiles públicas que perciban aportaciones de cualquier naturaleza con cargo a los presupuestos públicos o con cargo a los presupuestos de los entes o sociedades que pertenezcan al sector público destinadas a cubrir déficit de explotación.
- h) Las entidades públicas empresariales y el resto de los organismos públicos y entes del sector público estatal, autonómico y local».

f) Bajas e indemnizaciones, desagregando en hombres y mujeres.

g) Otra información.

h) Distribución regionalizada del número de efectivos de la entidad en caso de que esta disponga de varios centros de trabajo en distintas localidades».

Como puede verse, la mención a las fundaciones del sector público estatal no constaba de forma expresa. La única norma que podía entenderse que era aplicable era la letra g) al hacer referencia genérica, como cláusula de cierre, al resto de «entes del sector público estatal, autonómico y local». Frente a este argumento podía esgrimirse que las fundaciones del sector público estaban identificadas expresamente en el artículo 2 de la Ley General Presupuestaria y su no mención expresa podía significar que no estaban incluidas. Pero, sobre todo, ir en contra de convenio, y defenderlo así en los tribunales de lo social con una cláusula tan general presentaba más riesgos de los debidos. A estos argumentos podía añadirse ahora el hecho de que desde 2009 sí se incluyen expresamente, por lo que podría aplicarse ahora el criterio interpretativo lógico de que, *a contrario sensu*, antes no estaban excluidas. Este argumento tiene todavía más peso al incluirse a las fundaciones no en el precepto general del artículo 22. Uno, sino que se introduce un precepto específico, el Diez, para indicar que ciertos apartados del artículo 22 se aplican a las fundaciones públicas.

Por su parte, el Tribunal de Cuentas parece que sí consideraba aplicable el límite del incremento salarial de la Ley de Presupuestos para las fundaciones públicas. Así, en el Informe de Fiscalización de la Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas, ejercicio 2003, entidad acogida al convenio de oficinas y despachos afirmaba que «Por lo que respecta al análisis de la variación de la masa salarial, se ha tenido en cuenta lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 52/2002, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2003, que determina que la masa salarial no podrá experimentar un crecimiento global superior al 2 por ciento respecto de la establecida en 2002, sin perjuicio del que pudiera derivarse de la consecución de los objetivos asignados mediante el incremento de la productividad, calculándose dicha variación en términos de homogeneidad para los dos períodos de comparación» (BOE de 9 de enero de 2008, Suplemento, pág. 204).

La IGAE, por su parte, en algunos de los informes a los que hemos tenido acceso, no ponía reparo a aquellas fundaciones que incrementaban los salarios conforme a convenio y no conforme a lo estipulado en la Ley de Presupuestos ¹⁰.

¹⁰ Con relación a las Leyes de Presupuestos de las comunidades autónomas anteriores a 2009 se puede hacer mención al caso de la Comunidad Gallega, donde la Ley de Presupuestos para 2007, Ley 14/2006, dispone en su artículo 12 que «Las retribuciones íntegras del personal al servicio de la Comunidad Autónoma no podrán experimentar en el año 2007 un incremento global superior al 2% con respecto a las establecidas en el ejercicio de 2006, en términos de homogeneidad para los dos períodos de comparación, tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a su antigüedad», señalando que será de aplicación a las «fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma». Y de la misma manera se acuerda en la Ley 5/2007, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de La Rioja para 2008, donde en su artículo 45.1 e) se incluyen las fundaciones del sector público a efectos de limitar las subidas, en la Ley de Presupuestos de la Comunidad de Murcia para 2008 [art. 23.1 d)], y en la Ley 24/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2008 (art. 10.1). Sin embargo, en otros casos la situación es más compleja. En la Ley de Presupuestos de las Islas Baleares, el límite salarial se aplica al servicio de la Administración de los entes públicos dependientes [art. 11.1 a)] lo que excluye a las fundaciones, en tanto que el artículo 1.1 hace mención a los entes dependientes, sin discernir entre públicos y privados. En Extremadura, a pesar de que la Ley 5/2007 identifica al sector público fundacional, en su Ley de Presupuestos para 2008 no hace mención ni una sola vez a las fundaciones públicas y en el precepto referente al incremento salarial, se despacha con un «demás Entes» que es todo menos explicativo. En la Comunidad Valenciana, la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2008 expresamente menciona a las sociedades mercantiles y a las entidades del artículo 5.2 de la Ley de Hacienda de la Generalidad de Valencia, pero no menciona a las fundaciones públicas del artículo 5.3. De hecho, no las menciona ni una sola vez en toda la Ley de Presupuestos. En la norma de Presupuestos para 2008 de Cantabria, Comunidad que tiene regulado al sector público fundacional en su Ley de Finanzas 14/2006, hace mención en su artículo 18 «a el personal al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria». En la Ley de Presupuestos para 2008 de Castilla y León se señala en su artículo 16.1 «las retribuciones íntegras del personal al servicio de la Administración de la Comunidad de Castilla y León».

4. LEGISLACIÓN PRESUPUESTARIA Y NORMATIVA CONVENCIONAL A PARTIR DE LA LEY 2008

La situación ha cambiado desde el 1 de enero de 2009 en materia de gasto público relacionado con el capítulo de *personal* en tanto todas las fundaciones del sector público estatal se han visto directamente afectadas al entrar en vigor el articulado de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009. Si bien la redacción del artículo 22. Uno sigue siendo la misma, el apartado Diez incluye al personal de las fundaciones del sector público entre los sujetos a quienes serán de aplicación las previsiones sobre incrementos salariales en el ejercicio 2009, al señalar que «lo dispuesto en los apartados Dos, Tres, Cuatro, Cinco, Ocho y Nueve del presente artículo será de aplicación al personal de las fundaciones del sector público».

Por su parte, el número Dos del artículo 22 de la norma presupuestaria prescribe que el incremento de la masa salarial del conjunto de los empleados públicos no podrá ser superior al 2 por 100 respecto a 2008. En concreto, establece que «Con efectos de 1 de enero del año 2009, las retribuciones del personal al servicio del sector público incluidas, en su caso, las diferidas y las que en concepto de pagas extraordinarias correspondieran en aplicación del artículo 21. Tres de la Ley 42/2006, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, en los términos de lo recogido en el apartado Dos del artículo 22 de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2008, no podrán experimentar un incremento global superior al 2 por ciento con respecto a las del año 2008, en términos de homogeneidad para los dos períodos de la comparación tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo».

También, en el apartado Tres se señala que podrá aumentar otro 1 por 100 la masa salarial vinculada esencialmente a funcionarios públicos *stricto sensu*, a efectos de que sus pagas extraordinarias se adecuen a las mensuales ordinarias (por imperativo de lo dispuesto en la disp. final 4.ª de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público). Así, se determina que «Adicionalmente a lo previsto en el apartado Dos de este mismo artículo, la masa salarial de los funcionarios en servicio activo a los que resulte de aplicación el régimen retributivo de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, en los términos de la Disposición Final Cuarta de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público o en las respectivas leyes de función pública que se dicten como consecuencia de dicha norma básica, así como la del resto del personal sometido a régimen administrativo y estatutario, experimentará un incremento del 1 por ciento, con el objeto de lograr, progresivamente, una acomodación de las retribuciones complementarias, excluidas aquellas a las que se refieren los apartados c) y d) del artículo 24 de la Ley 7/2007, o la productividad y gratificaciones por servicios extraordinarios en caso de no haberse desarrollado dicha Ley, que permita su percepción en catorce pagas al año, doce ordinarias y dos adicionales, una en el mes de junio y otra en el de diciembre...».

Finalmente, el apartado Cuarto indica que se podrá destinar un 0,5 por 100 adicional de la masa salarial para la financiación de planes de pensiones o contratos de seguro colectivos que

incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación («Además del incremento general de retribuciones previsto en los apartados precedentes, las Administraciones, entidades y sociedades a que se refiere el apartado Uno del presente artículo podrán destinar hasta un 0,5 por ciento de la masa salarial a financiar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación, para el personal incluido en sus ámbitos respectivos, de acuerdo con lo establecido en la disposición final segunda del texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones. La asignación individual de las aportaciones correspondientes al personal funcionario y estatutario se determinará en relación con el grupo o subgrupo de clasificación al que pertenezcan y con su antigüedad, de acuerdo a lo establecido en cada plan de pensiones o contrato de seguro. La asignación individual de las aportaciones correspondientes al personal laboral se determinará de forma que resulte equivalente a la del personal funcionario, de acuerdo con lo establecido en cada plan de pensiones o contrato de seguro. Las cantidades destinadas a financiar aportaciones a planes de pensiones o contratos de seguro, conforme a lo previsto en este apartado, tendrán a todos los efectos la consideración de retribución diferida»).

En principio, no existe automaticidad en la aplicación para el personal de las fundaciones del sector público de los incrementos sobre masa salarial global previstos en la Ley de Presupuestos. Repárese que textualmente la ley (art. 22.Dos) señala que «las retribuciones del personal... no podrán experimentar un incremento global superior al 2% con respecto a las de 2008», por lo que es obvio podrían alcanzar incrementos porcentuales menores e, incluso, sufrir *congelación*.

En consecuencia, para establecer los posibles incrementos salariales del personal laboral habrá de estarse a lo establecido por el convenio colectivo sectorial de referencia y la normativa laboral básica. La regulación presupuestaria, al contrario de lo que comúnmente podría creerse, no tiene una proyección directa sobre los incrementos salariales individualizados del personal laboral del conjunto de entidades pertenecientes al sector público, aunque condiciona aquellos de forma múltiple. El hecho de que una Ley Presupuestaria indique, *v. gr.*, que la masa salarial global no podrá experimentar un incremento superior al 3,2 por 100 en determinado ejercicio, no determinaría que automáticamente las retribuciones individuales de todos y cada uno de los empleados del sector público se vean incrementadas en dicho porcentaje.

A estos efectos, la legislación presupuestaria es uno de los indicadores normativos –ni el único, ni necesariamente el más determinante– que confluirán en la concreción de los posibles incrementos salariales. Mayor influencia tendrá el convenio colectivo que se aplique en cada fundación a su personal.

Por tanto, la primera referencia a tomar en cuenta respecto de los posibles incrementos salariales para el ejercicio 2009 será el convenio colectivo en cuyo ámbito de aplicación esté integrado el personal laboral correspondiente, según determine el contrato de trabajo de cada uno de ellos (habitualmente convenio de ámbito sectorial y, excepcionalmente, de empresa).

Así, el incremento retributivo que –en su caso– pudiera establecer el convenio de referencia, sería proyectable sobre los salarios individuales de los trabajadores de la fundación en cuestión, en función de su categoría profesional y de lo indicado en la tabla salarial negociada convencionalmente.

Hasta aquí, la prevalencia del convenio colectivo sobre el particular que venimos comentando no difiere de lo que sucedería para cualquier empleado del sector privado con relación laboral sometida a lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores. Por mandato constitucional (art. 37.1), la eficacia normativa o *erga omnes* del convenio colectivo se impondrá a cualquier pacto individual que, *in peius*, pudiera acordarse entre trabajador y empresa para intentar hacer inaplicable el incremento salarial convencional. Sin embargo, la Ley de Presupuestos para 2009 introduce un elemento novedoso, que puede resultar parcialmente contradictorio con lo indicado en tanto que incluye un principio limitador de la autonomía y eficacia de lo pactado en convenio colectivo en materia salarial. En efecto, el artículo 22.Nueve de la Ley de Presupuestos indica que «los acuerdos, convenios o pactos que impliquen crecimientos retributivos superiores a los que se establecen en el presente artículo o en las normas que lo desarrollen deberán experimentar la oportuna adecuación, deviniendo inaplicables en caso contrario las cláusulas que se opongan al mismo».

Con ello, el legislador impediría que en el sector público se puedan aplicar incrementos retributivos pactados en convenios que vengan a superar los porcentajes establecidos, con carácter general, en la legislación presupuestaria para el conjunto de los empleados públicos (entendida esta expresión en sentido amplio y que incluiría, también, al personal de las fundaciones del sector público). De esta manera, la determinación de los eventuales incrementos retributivos del personal laboral de las fundaciones del sector público para 2009 se efectuará en función de dos parámetros aplicables acumulativamente: en principio, lo dispuesto por el convenio colectivo que, en todo caso, se verá limitado por el tope porcentual establecido en la Ley de Presupuestos (con carácter general, el 2%), que no podrá ser rebasado aunque el convenio estableciera incrementos superiores.

A efectos prácticos, esto significa que se aplicará siempre la norma menos favorable para el trabajador. La cuestión es si jurídicamente hay alguna vía de «escape» que permita no aplicar sistemáticamente el régimen más desfavorable a los trabajadores de las fundaciones, ya sea el convenio o la Ley de Presupuestos. En este sentido, el artículo 22.9 de la Ley de Presupuestos parece categórico al indicar que no se aplicarán «los acuerdos, convenios o pactos que impliquen crecimientos retributivos superiores a los que se establecen en el presente artículo». Ciertamente, de mantenerse la literalidad del precepto en ejercicios posteriores, abogaría por que, cada año, deban ser confrontados el incremento convencional y el límite presupuestario, para definir el alcance de los porcentajes de incremento a aplicar. Un posible remedio parcial sería la introducción de una cláusula en los contratos de los trabajadores de las fundaciones o la firma de acuerdos colectivos de empresa en cada fundación, donde se indique que, cuando menos, los incrementos retributivos serán porcentualmente equivalentes a los que correspondan al personal laboral de la Administración, en función de lo establecido en la Ley Presupuestaria. Adviértase que esto solo sería funcional si los incrementos convencionales fueran inferiores a los presupuestarios, pues garantizaría –al menos– la aplicación de incrementos equivalentes a los del conjunto de los empleados públicos, pero devendría en inocuo si las futuras Leyes de Presupuestos estableciesen incrementos salariales mínimos o la congelación de las retribuciones, tal como ha sucedido en más de una ocasión en las últimas décadas.

Por último, señalar que la limitación de incremento retributivo para 2009, en un 2 por 100, sobre el conjunto de las percepciones del año precedente del personal laboral, ha venido ratificada,

de facto, por la Resolución de 2 de enero de 2009, de la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos, que dictó las instrucciones para la confección de las nóminas del personal afectado por el Convenio Único de la Administración General del Estado ¹¹.

5. LAS PARTICULARIDADES DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO CON PERSONAL LABORAL CUYOS SALARIOS SON SUPERIORES A LOS DEL CONVENIO APLICABLE

En muchas fundaciones del sector público estatal, buena parte de su personal o, incluso, la totalidad de la plantilla disfruta de retribuciones superiores a las indicadas para la correspondiente categoría profesional en el convenio colectivo de referencia. Cabe preguntarse cómo opera en estos casos el límite de la subida salarial estipulada por la Ley de Presupuestos. Para abordar la cuestión ha de acudirse a lo dispuesto en la legislación laboral básica.

A estos efectos, el Estatuto de los Trabajadores (art. 26.5) indica, al respecto, que «operará la compensación y absorción cuando los salarios realmente abonados, en su conjunto y cómputo anual sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia».

De esta manera, si el convenio colectivo aplicable no dijera nada sobre el particular, la empresa podría lícitamente negarse a incrementar las retribuciones de su personal mientras fueran superiores, en conjunto y cómputo anual, a las señaladas en convenio. Para mejor comprensión de lo afirmado previamente veamos algunos ejemplos de convenios colectivos que vienen siendo aplicables al personal de distintas fundaciones del sector público ¹²:

(i) Convenio colectivo de enseñanza y formación no reglada.

El actual VI convenio sectorial (BOE de 30 de junio de 2007), suscrito para el período 2006-2009, indica: «... las mejoras económicas pactadas podrán ser absorbidas por las que, con carácter voluntario, vengán abonando las empresas a la entrada en vigor del Convenio. Con respecto a las demás situaciones, y en su conjunto, serán respetadas las más beneficiosas que viniesen disfrutando los trabajadores. Los trabajadores que a la entrada en vigor del presente Convenio

¹¹ La Resolución de 2 de enero de 2009 (BOE de 3 de enero), indica, en su apartado B. 1, en relación con el Anexo XII.1, que el salario base, antigüedad y pagas extraordinarias de todo el personal laboral sometido al Convenio Único de la Administración General del Estado, experimentarán en el año 2009 una actualización que se corresponderá con un aumento del 2 por 100 sobre lo percibido en el año 2008 por cada uno de los conceptos. Igual porcentaje de incremento se establece para los complementos personales de antigüedad y de unificación.

¹² En el Informe Económico-Financiero 2006 sobre Fundaciones Estatales de la IGAE se distinguen cuatro grandes grupos de fundaciones, como es el de las Culturales y Docentes, de Investigación y Tecnológicas, Asistenciales y Medioambientales (el informe puede verse en la página web de la IGAE, <http://www.igae.meh.es/Internet>). Por esa razón se han escogido, como botón de muestra, los convenios de enseñanza, de oficinas y despachos y de investigación.

viniesen disfrutando de más vacaciones, menor jornada y salario superior se les respetará como derecho *ad personam*» (art. 34).

En este supuesto, Estatuto de los Trabajadores y convenio colectivo coincidirían en que, salvo decisión unilateral del empleador o estipulación en contrario contenida en el contrato individual de cada trabajador, nada impediría una negativa empresarial a que se incrementaran los salarios del personal en año 2009, por tratarse de «mejoras voluntarias» de la regulación convencional que compensarían y absorberían los posibles incrementos pactados en convenio.

La fundación cuyo personal estuviera en las circunstancias indicadas, podría justificar la *congelación*, durante el año 2009, de las retribuciones del personal con salarios superiores a los del convenio colectivo, e, incluso, mantener esa *congelación* mientras dichas retribuciones superen a las convencionalmente incluidas en las tablas salariales de este.

En todo caso, no debe perderse de vista que si en el futuro se modificase el texto del convenio y desapareciera el juego de la compensación y absorción, pactándose un eventual incremento lineal o porcentual de retribuciones (situación, esta, que se debe considerar perfectamente admisible en Derecho), sería de aplicación el artículo 22.Nueve de la Ley de Presupuestos, con las consecuencias ya expuestas.

(ii) Convenio colectivo de oficinas y despachos.

Al contrario que el convenio de enseñanza y formación no reglada, el Convenio sectorial de oficinas y despachos para la Comunidad de Madrid (BOCM de 4 de noviembre de 2008) establece una fórmula que claramente se descuelga de la aplicación del principio estatutario de compensación y absorción, estableciendo incrementos porcentuales sobre las retribuciones contenidas en sus tablas salariales, en función de cada categoría profesional.

Su artículo 10.2 afirma que «el incremento salarial pactado en este convenio colectivo no es compensable ni absorbible con las mejoras que por cualquier concepto vinieran ya concediendo las empresas. En su consecuencia, las cantidades que se incluyen en el Punto 2 de la Tabla económica aneja a este Convenio serán abonadas efectivamente, en todos los casos, sobre los niveles que realmente se vinieran percibiendo».

En consecuencia, este precepto invalidaría cualquier pretensión de aplicar la compensación y absorción en fundaciones con personal incluido en su ámbito de aplicación que, eventualmente, satisfagan retribuciones por encima de lo pactado convencionalmente, debiéndose estar a los incrementos que se establezcan para cada categoría profesional, aunque los salarios percibidos sean superiores a los marcados, como referencia, en las tablas del convenio. No obstante lo anterior, no debe perderse de vista que en este supuesto pudiera ser de aplicación lo prevenido en el artículo 22.Nueve de la Ley de Presupuestos para 2009.

Si los incrementos fijados en el convenio de oficinas y despachos llegasen a rebasar el porcentaje global de subida que establece la norma presupuestaria, a este porcentaje exclusivamente habría

de estarse, en aplicación del principio de jerarquía normativa, que se vendría a resolver en contra de la autonomía convencional y a favor del imperativo y vinculante mandato legal.

(iii) Convenio colectivo de centros de educación universitaria e investigación.

El vigente XII convenio sectorial (BOE de 9 de enero de 2007) indica en su artículo 32.4 que «las cantidades que actualmente tuvieren establecidas los Centros o que pudieren establecer en el futuro, y en la parte que excedan de las señaladas en el presente Convenio, consideradas en conjunto y cómputo anual, tendrán la consideración de aumento voluntario absorbible y compensable».

Este texto convencional transcrito presenta cierta oscuridad en cuanto a su interpretación (labor que corresponde en exclusiva a la Comisión paritaria del mismo y que no pretendemos hurtar en estas líneas), al poderse entender y aplicar de dos maneras diversas. Por un lado, podría entenderse que impone la compensación y absorción estatutaria, bien que de una manera un tanto alambicada. Pero, por otro, cabe pensar que vendría a articular un mecanismo intermedio, que podríamos denominar compensación y absorción parcial.

Si admitiéramos, a los meros efectos dialécticos, la segunda posibilidad, ocurriría que los trabajadores con retribuciones superiores a las establecidas en las tablas salariales del acuerdo colectivo, podrían ver incrementado su salario, de conformidad con lo que el convenio establezca, en la sola parte que corresponde a tabla salarial, viendo congelado únicamente el exceso sobre tablas (cual si se tratara de un complemento invariable *ad personam*)¹³. En cualquier caso, una vez realizada la anterior operación, la fundación del sector público que pudiera resultar afectada se vería obligada a analizar, también, si tal incremento es o no superior al tope porcentual impuesto por el artículo 22. Noveno de la normativa presupuestaria, que tacha de inaplicables los preceptos convencionales puestos al principio general.

En definitiva, en los supuestos de fundaciones con retribuciones superiores a lo indicado en las tablas salariales del correspondiente convenio, siempre habrá de estarse a lo específicamente indicado en el texto convencional, existiendo una casuística variada en cuanto a situaciones y también respecto a la respuesta que individualmente pueda darse.

A estos efectos, dos conclusiones pueden ser establecidas:

- Ante la ausencia de estipulación convencional, ha de reiterarse que jugaría el mecanismo estatutario de absorción y compensación, siendo únicamente la empleadora quien, incondicionada y unilateralmente, podría decidir *congelar* las retribuciones o proceder a algún tipo de incremento.

¹³ Esto se puede ver con el siguiente ejemplo: piénsese en un trabajador cuyo salario anual en 2008 es de 40.000 €. El salario de convenio para su categoría profesional en el año 2008 es de 36.000 €. Y el convenio prevé un incremento sobre salarios en tablas del 2,5 por 100. Atendiendo a la segunda hipótesis (compensación y absorción parcial), el incremento porcentual exclusivamente se aplicaría sobre los 36.000 € de salario de convenio, no afectando al exceso que voluntariamente la empresa viene abonando, que seguiría percibiendo el empleado al margen de las subidas que anualmente pudieran pactarse, como si se tratase de un complemento personal ligado a su contrato individual de trabajo.

- En los supuestos en que se decidiera voluntariamente incrementar las retribuciones del personal o el convenio aplicable estableciese incrementos retributivos, desestimando la aplicación del principio de absorción y compensación, ambos casos siempre tendrían, como límite, lo dispuesto en el artículo 22.Nueve de la Ley de Presupuestos para 2009.

6. RÉGIMEN DEL PERSONAL DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO ESTATAL QUE CARECE DE CONVENIO COLECTIVO APLICABLE

En algunas de las fundaciones del sector público, y debido entre otras cuestiones a los problemas existentes, se ha optado por no aplicar convenio colectivo alguno, siquiera sea por defecto.

Los convenios colectivos sectoriales, sean estatales o autonómicos, en muchas ocasiones tienen un ámbito funcional de aplicación en el que solo ocasionalmente pueden encajar las actividades de algunas fundaciones. En otras ocasiones, llanamente, las partes negociadoras del convenio han determinado excluir a entes públicos y fundaciones de la posibilidad de adherirse a sus pactos ¹⁴.

En estas circunstancias y no encontrando fácil acomodo en los convenios sectoriales al uso, algunas fundaciones del sector público optan por negociar con los representantes de sus trabajadores un convenio propio de empresa y a lo pactado en él habrá de estarse en materia de incrementos salariales, en los términos antes indicados.

Por el contrario, otras fundaciones deciden contratar a su personal sin que contractualmente se establezca un convenio colectivo de referencia. En tales supuestos, a efectos de proyección de las referencias de la Ley de Presupuestos a incrementos salariales, la carencia de normativa convencional no supondría un vacío de norma aplicable. Como ya quedó dicho, si el contrato, como puede ser usual, omite menciones a incrementos salariales, habrá de estarse a la regulación laboral general.

En estos casos, con las limitaciones impuestas por la legislación presupuestaria, cabrían tres posibilidades:

- (i) Que entrara en juego una decisión unilateral del empresario en orden a mantener invariables las retribuciones de su personal laboral (virtual congelación), o a incrementarlas, teniendo siempre como límite porcentual el que establece la ley. En estos casos será necesario ver la estructura de poderes de la fundación del sector público estatal para ver si dicha decisión la puede tomar el patronato o, sin embargo, es competencia del Director de la fundación.

¹⁴ Es el caso del convenio estatal de universidades privadas, centros universitarios privados y centros de formación de postgraduados, que excluiría expresamente a todas las fundaciones y, por tanto, también a las del sector público, de su ámbito de aplicación, al indicar en su artículo 2 que «el presente convenio será de aplicación en las universidades y centros universitarios privados que no estén creados o dirigidos por entidades sin ánimo de lucro. Igualmente, se aplicará en centros de formación de postgrado que formen parte de aquellas y, en los centros universitarios extranjeros privados reconocidos, cuyas titulaciones sean automáticamente homologadas o convalidadas en el territorio español».

- (ii) Proceder a iniciar una negociación individual con cada uno de los trabajadores para alcanzar un eventual acuerdo sobre incrementos retributivos, con las limitaciones legales expuestas.
- (iii) Negociar con los representantes de los trabajadores un acuerdo colectivo exclusivamente referido a materia retributiva, que pudiera ser de aplicación al conjunto de la plantilla.

7. LA NO CONGELACIÓN DE LAS RETRIBUCIONES DE LOS ALTOS CARGOS DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO

Frente al incremento salarial aprobado para el personal que presta servicios en el sector público, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2009 incluye una norma especial para los altos cargos. En concreto, el artículo 26.Tres establece que «las retribuciones de los Presidentes de las Agencias estatales y de los Presidentes y Vicepresidentes de las entidades públicas empresariales y demás entes públicos y, en su caso, las de los Directores Generales y Directores de los citados organismos, cuando les corresponda el ejercicio de funciones ejecutivas de máximo nivel, durante el ejercicio 2009, seguirán siendo las autorizadas para 2008 por el Ministro de Economía y Hacienda».

En primer lugar, ha de señalarse que el precepto solo menciona a presidentes, vicepresidentes, directores generales y directores de los llamados *entes públicos*, y solo en aquellos supuestos en que «les corresponda el ejercicio de funciones ejecutivas de máximo nivel». Por tanto, al menos *a priori*, parece que la limitación impuesta por el propio precepto a los entes públicos excluiría en este caso a los altos cargos de las fundaciones del sector público, en tanto entidades de Derecho privado, aunque, ciertamente no parece tener mucho sentido igualar el tratamiento de los altos cargos en la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, y no hacerlo a estos efectos.

Por otro lado, y en el caso de que se pudiera entender que sí alcanza a las fundaciones del sector público sería necesario, en segundo lugar, determinar a qué personal le resultaría aplicable. El artículo 3.2 j) considera alto cargo a «Los presidentes, los directores y gerentes de las fundaciones públicas estatales siempre que perciban retribuciones por el desempeño de estos cargos, así como los titulares de aquellos otros órganos a los que sus Estatutos les atribuyan tal condición»¹⁵.

Por su parte, desde una óptica estrictamente iuslaboralista, los gerentes y demás directivos suelen carecer de la naturaleza jurídica propia de la denominada relación laboral especial de alta dirección (regulada en el RD 1382/1985, de 1 de agosto), pues el Derecho del Trabajo solo conside-

¹⁵ El Real Decreto 432/2009, de 27 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, establece en el artículo 1.4 que «Para delimitar el ámbito de aplicación del artículo 3 de la Ley 5/2006, se entienden por cargos asimilados aquellos puestos de trabajo que, conforme a la norma constitutiva de cada ente, por su forma de provisión, incardinación en la organización de esas entidades o por su responsabilidad desempeñen los puestos más relevantes en esas organizaciones».

ra este tipo de personal cuando se trata de trabajadores «que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad, solo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad» (art. 1.2 RD 1382/1985).

Así pues, el centro de gravedad sobre la naturaleza jurídica de una relación laboral (entre alta dirección y común u ordinaria), gira en torno a las reales funciones y capacidades del trabajador, desdeñándose el *nomen iuris* que las partes hayan podido otorgar a aquella. También ha de tenerse muy presente, al tiempo de valorar si una concreta relación laboral es de naturaleza común o de alta dirección, que –de forma sistemática– vienen advirtiendo nuestros tribunales del orden social que el concepto de «*alto cargo*» ha de ser objeto de una interpretación restrictiva, en la medida en que conlleva la aplicación de un régimen jurídico especial, en el que se limita de forma importante la protección que el ordenamiento general otorga a los trabajadores.

Por ello, cada vez que se planteen dudas sobre si una relación laboral es de carácter común o especial, desplegará sus efectos una presunción *iuris tantum* a favor de la relación laboral ordinaria, incluso aunque se tratara de un ejecutivo muy cualificado (en tal sentido, entre muchas, pueden verse las SSTs de 15 de octubre de 1986, de 12 de septiembre de 1990 y de 4 de junio de 1999)¹⁶.

En consecuencia, normalmente los gerentes y demás personal de dirección de las fundaciones carecerán de los amplísimos poderes que exige nuestro ordenamiento para que, laboralmente, puedan incardinarse en la alta dirección, siendo solo directivos, con relación laboral común y alta remuneración, a los que se aplica el convenio colectivo que sirva de referente en la correspondiente entidad. Y, por tanto, entendemos que no estarían dentro del supuesto reconocido como «ejercicio de funciones ejecutivas de máximo nivel» que se regula en el artículo 26.Tres.

En conclusión, creemos que dentro de los entes a cuyos mandatarios se les aplica la congelación salarial no están las fundaciones del sector público, al ser entes de base privada y no públicos. Y, además, en el caso de que se pudiera hacer una interpretación extensiva, la limitación debería alcanzar solo a aquellos que sea altos cargos de conformidad con lo que previene la normativa labo-

¹⁶ Más recientemente puede verse la STS de 16 de enero de 2008 (rec. 4964/2005) donde se señala que «debe tenerse en cuenta que la solución del problema esencial comentado (si la relación jurídica examinada es laboral ordinaria o especial de alta dirección) exige examinar con detalle las facultades, poderes y funciones que el empleado respectivo ostentaba en cada caso, para poder dilucidar si el mismo ejercitaba o no "poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad", como establece el artículo 1.2 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto. De ello se desprende que cualquier divergencia en esos poderes o facultades puede ser relevante a la hora de dar solución a dicho problema, pues esa diferencia puede significar o no el ejercicio de esos poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa con la debida autonomía.... los límites impuestos a las facultades de dirección del actor son tan numerosos e intensos que difícilmente se puede incardinar a este en el artículo 1.2 referido. La Sala de lo Social de Madrid declara, a este respecto, que "existe un departamento de recursos humanos y de asuntos legales centralizados que se dirige desde Estados Unidos, Departamento que tiene que dar la aprobación previa a todas las operaciones de recursos humanos o legales (el subrayado es nuestro), como contrataciones de empleados, despidos, contratos con proveedores, clientes, comunicación con la prensa, etc., que se adoptan en la empresa demandada". Es obvio, por tanto, la especial gravedad y extensión de las mermas y reducciones de las facultades de dirección y gestión existentes en el caso de autos».

ral. Esto es, los que ejercitan «*funciones ejecutivas de máximo nivel*», que se limitará normalmente a la figura del Director. Por tanto, puede afirmarse que, cuando menos, el resto de altos cargos de las fundaciones del sector público estatal tendrán igual tratamiento que cualquier otro trabajador con relación laboral formalmente común: aplicación de lo preceptuado en el convenio colectivo que proceda, pero jugando –como cláusula limitadora– el incremento máximo porcentual que impone la Ley de Presupuestos para el personal laboral del sector público.

8. LA POSIBILIDAD EXCEPCIONAL DE INCREMENTOS RETRIBUTIVOS SUPERIORES A LOS INDICADOS COMO REFERENTE POR LA LEY DE PRESUPUESTOS

Finalmente, en lo que se refiere a la posibilidad de que determinados trabajadores vean incrementados sus salarios más allá de las limitaciones de la legislación presupuestaria, bien porque así lo impongan sus contratos o fruto de una voluntaria liberalidad de la empresa, la Ley de Presupuestos (art. 22.Ocho) permite, singular y excepcionalmente, tales situaciones cuando «resulten imprescindibles por el contenido de los puestos de trabajo, por la variación del número de efectivos asignados a cada programa o por el grado de consecución de los objetivos fijados al mismo».

Se abre la puerta, por tanto, a la existencia de excepciones concretas a las reglas generales que venimos indicando, pudiéndose justificar incrementos *ad personam*, que tendrían acomodo legal en lo previsto en la Ley de Presupuestos del presente año. Esto requerirá, en cualquier caso, la debida motivación, justificación y adopción de la decisión por quien tenga los poderes suficientes.