

La situación del personal directivo de las diputaciones provinciales después de la STS de 17 de diciembre de 2019: alternativas de interpretación y propuestas de regulación

JOAN MAURI MAJÓS
*Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona.
Departamento de Derecho Administrativo, Derecho
Procesal y Derecho Financiero y Tributario*

- 1. Planteamiento**
- 2. La dimensión objetiva y subjetiva de la dirección pública profesional**
 - 2.1. Premisas conceptuales
 - 2.2. La dirección pública forma parte del régimen jurídico orgánico u organizativo de nuestras administraciones públicas
 - 2.3. El personal directivo no es una clase o subclase de personal
 - 2.4. El personal directivo ha de tener normalmente la condición de funcionario de carrera
- 3. El personal directivo en la legislación de régimen local y de empleo público: fragmentación o integración**
 - 3.1. Los preceptos del régimen local que regulan aspectos referidos a la dirección pública
 - 3.2. Los preceptos generales de la legislación de empleo público que regulan aspectos referidos a la dirección pública
- 4. La STS, Sala de lo Contencioso, de 17 de diciembre de 2019, rec. 2145/2017**
 - 4.1. Antecedentes
 - 4.2. El voto mayoritario de la Sala y la desestimación del recurso de casación presentado por la Diputación Provincial de Cáceres

- 4.3. El voto minoritario de la Sala y lo que hubiera sido la aceptación del recurso de casación presentado por la Diputación Provincial de Cáceres
- 4.4. La sentencia petrifica la competencia local en materia de dirección pública y cuestiona los sistemas previstos en los reglamentos locales. Necesidad de una solución transitoria y provisional
- 5. Competencia, norma y regulación del personal directivo profesional de las entidades locales**
- 6. La posible regulación del régimen jurídico del personal directivo profesional: norma de habilitación o norma sustantiva**
 - 6.1. Planteamiento
 - 6.2. Esquema de una posible norma de habilitación
 - 6.3. Esquema de una norma sustantiva
- 7. Conclusiones**

1

Planteamiento

La determinación del régimen jurídico del personal directivo y de la competencia para disponerlo no es una tarea fácil. La dirección pública profesional es una materia a caballo entre el derecho de la organización y el del empleo público sobre la que pueden llegar a intervenir hasta tres poderes territoriales autónomos en base a sus distintas facultades normativas. Pero no se trata solo de eso. Existe en nuestra doctrina una enorme confusión terminológica y conceptual alrededor de las instituciones propias de la dirección pública. De hecho, falta en nuestro ordenamiento jurídico la aceptación de una serie de premisas compartidas sobre lo que puede llegar a ser, o si se quiere sobre lo que verdaderamente es, la figura del directivo público profesional. Ciertamente, a modo de ejemplo, puede resultar muy distinto el tratamiento que se puede dar a un sistema institucional de dirección pública profesional en función de si conceptualizamos la figura directiva como un alto cargo, un órgano o, si se quiere, un puesto directivo, un tipo específico de personal o una posición que se ha de fundamentar en la confianza política.

Por lo tanto, no pueden sorprendernos los vaivenes que sobre esta materia se han producido en nuestra jurisprudencia contenciosa, de la que es una buena muestra el pronunciamiento al que hemos de referirnos. De hecho, las páginas que siguen a continuación se dedican en gran parte a analizar los fundamentos de derecho del fallo y del voto particular de la sentencia del Tri-

bunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 11 de julio de 2019, que resuelve el recurso de casación núm. 2145/2017, interpuesto frente a la sentencia núm. 61/2017 de la Sala Contenciosa del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, recaída contra el Acuerdo Plenario de la Excm. Diputación de Cáceres de fecha 8 de febrero de 2016, de aprobación definitiva del Reglamento Orgánico que regula, entre otras materias, el régimen jurídico del personal directivo de la Diputación Provincial.

En cierta manera, los argumentos jurídicos vertidos en el texto de la sentencia representan dos distintas maneras de entender la institución directiva y permiten abrir un amplio debate sobre los efectos últimos que pueden deducirse de la misma, teniendo en cuenta que, hoy por hoy, el pronunciamiento en sí no presupone la consolidación de una determinada jurisprudencia aunque marca una evidente línea de tendencia.

En este marco se nos ha pedido también que elaboremos una propuesta normativa que pudiera ser asumida por los órganos competentes para regular el régimen jurídico del personal directivo, con la finalidad última de eliminar incertidumbres en los distintos operadores y proporcionar la necesaria seguridad jurídica, lo que exige la determinación de esa competencia, la concreción del vehículo formal que pueda utilizarse y un contenido básico de la misma, si se aspira a resolver con rapidez el problema que representa la falta de un régimen jurídico del personal directivo profesional en nuestras administraciones locales.

En base a lo que llevamos dicho hasta el momento podemos plantear las cuestiones objeto del presente informe a través de los puntos siguientes:

a) Premisas sobre las dimensiones funcionales y personales de un sistema de dirección pública profesional.

b) El régimen jurídico del personal directivo en la legislación de régimen local y en la legislación de empleo público: fragmentación o integración.

c) El régimen jurídico del personal directivo en la última jurisprudencia: el voto mayoritario de la STS, Sala de lo Contencioso, de 11 de julio de 2019, rec. 2145/2017 y su voto particular.

d) La competencia para regular el régimen jurídico del personal directivo de las entidades locales y el tipo de norma que puede actuarlo.

e) El contenido de una posible regulación del régimen jurídico del personal directivo: esquemas de una norma de habilitación y de una norma sustantiva.

2

La dimensión objetiva y subjetiva de la dirección pública profesional

2.1

Premisas conceptuales

Empecemos por afirmar que la dirección pública profesional forma parte de un sistema de gobierno local que tiene como finalidad reforzar la calidad institucional, el buen gobierno, la eficacia y la eficiencia en la prestación de servicios a la ciudadanía.

Por lo tanto, la regulación del régimen jurídico de la dirección pública profesional resulta ser primariamente la ordenación de un sistema de dirección en el ámbito de cada Administración local o, si se quiere, la regulación del régimen jurídico aplicable a sus órganos, puestos y funciones directivas.

Precisamente, para evitar errores de concepto hay que partir de una serie de premisas básicas que trataremos de aclarar.

Dichas premisas son las siguientes:

a) La dirección pública profesional es esencialmente una pieza de la organización de un sistema de gobierno que se ha de distinguir de los altos cargos y de la función pública tradicional, aunque su implantación comporta la exigencia de perfilar las peculiaridades propias del régimen jurídico del personal titular de las llamadas funciones directivas, funciones que deberán identificarse en las normas propias de cada Administración pública.

b) El directivo público profesional no es un tipo o clase de personal que podamos situar dentro de los esquemas clásicos del empleo público. No hay propiamente un régimen jurídico del personal directivo, sino una serie de especialidades que resultan de la aplicación al régimen general de los titulares de las funciones directivas que han de ser personal funcionario o laboral de la respectiva institución. Lógicamente, desde esta perspectiva, tampoco parece necesario disponer de un régimen jurídico acabado propio del personal directivo más allá del mínimo común denominador que parece desprenderse de las normas ya existentes.

c) Los puestos directivos se han de cubrir con carácter ordinario por personal funcionario de carrera, aunque se admite su desempeño excepcional y expresamente justificado por personal laboral al servicio de la Administración pública y, de forma más extraordinaria, por personal externo que haya acreditado una experiencia y una competencia profesional en puestos de trabajo directivos del sector privado. Veámoslo.

2.2

La dirección pública forma parte del régimen jurídico orgánico u organizativo de nuestras administraciones públicas

La construcción de un sistema de dirección pública profesional es un puro ejercicio de la potestad de organización derivada de la autonomía local que permite definir una serie de estructuras propias, directamente conectadas con los órganos de gobierno, a través de las cuales se pueden ejercer una serie de funciones directivas que garantizan una gestión imparcial, eficaz y participativa.

La dirección pública profesional se vehicula a través de la dimensión orgánica: los directivos son las personas titulares de los órganos y los puestos que desempeñan funciones directivas profesionales, definidos como tales en las normas específicas de cada Administración. Cuestión distinta es el régimen del personal directivo, es decir, de las personas que ocupan los puestos definidos como “directivos” por las normas de organización. Los dos aspectos de la regulación de un sistema de dirección pública no deben confundirse.

El primero de ellos es propio de las normas legales o reglamentarias que regulan el régimen orgánico de cada nivel de gobierno y administración —estatal, autonómico y local— y también todo aquello que respecta a la estructura interna de los organismos, las entidades y las sociedades instrumentales. Esas normas de organización determinan cuáles son los órganos directivos de cada Administración o ente público, regulan lo concerniente a su creación, modificación o supresión, establecen su inserción en la estructura orgánica de que se trate, es decir, definen su posición en la jerarquía de órganos, su dependencia, su respectivo ámbito de competencia y su carácter necesario o complementario y, en su caso, precisan el régimen jurídico de sus titulares y los requisitos necesarios de desempeño.

Por el contrario, el régimen del personal directivo profesional, o más específicamente el régimen de los titulares de los órganos directivos, regula las particularidades del personal funcionario o laboral que desempeña funciones directivas profesionales. Por lo tanto, en algunos extremos dicho régimen será el propio de los empleados públicos, y en otros, en atención a la naturaleza propia de la misma dirección pública entendida como institución, se abordará una singularización a través de normas específicas.

En nuestros antecedentes históricos más próximos la definición de la dirección pública profesional adopta una perspectiva eminentemente orgánica en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante, LOFAGE). Dicha norma consagra el principio de profesionalización de la Administración General del

Estado, distinguiendo entre los órganos superiores, integrados por los ministros y los secretarios de Estado, y los órganos directivos compuestos por los subsecretarios y secretarios generales, secretarios generales técnicos, directores generales y subdirectores generales, que se consideran órganos directivos de la Administración General del Estado que han de ser provistos por funcionarios de carrera. Los órganos superiores y directivos, con la única excepción de los subdirectores generales y asimilados, tienen además la condición de alto cargo, lo que implica que, a dichas unidades orgánicas, les resultan de aplicación las prescripciones de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado (en adelante, LACAGE).

Aunque el articulado de la LOFAGE se ha derogado íntegramente por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (en adelante, LRJSP), lo cierto es que el artículo 55.3 de la misma sigue manteniendo la distinción entre órganos superiores –ministros y secretarios de Estado– y órganos directivos –subsecretarios y secretarios generales, secretarios generales técnicos, directores generales y subdirectores generales–, mientras que el párrafo sexto del mismo precepto sigue asegurando que los órganos superiores y directivos tienen la condición de altos cargos, con la consiguiente excepción de los subdirectores y asimilados.

La configuración propia de la LOFAGE para los órganos superiores y directivos de la Administración del Estado es la que se recibe y adopta en la Ley 57/2013, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, hoy perfectamente integrada en el Título X, referido al régimen de organización de los municipios de gran población, añadido a la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (en adelante, LRBRL). Es decir, cuando se regula el régimen de organización de una tipología de entidades locales se determina y distingue entre órganos superiores y órganos directivos. Los órganos superiores son el alcalde y los miembros de la junta de gobierno local, mientras que los órganos directivos son los coordinadores generales de cada área o regiduría, los directores generales, el titular del órgano de apoyo a la junta de gobierno local y el concejal-secretario de la misma, el titular de la asesoría jurídica, el secretario general del pleno, el interventor general municipal y, en su caso, el titular del órgano de gestión tributaria.

En línea de continuidad con esta perspectiva, el artículo 32 bis de la LRBRL, en la redacción dada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (en adelante, LRSAL), establece los requisitos de nombramiento del personal directivo de las diputaciones, los cabildos y los consejos insulares, matizando que los mismos se pueden exceptuar a través del correspondiente reglamento orgánico en aten-

ción a las características específicas de las funciones de los correspondientes órganos directivos.

Inopinadamente, el artículo 85 bis de la LRBRL, que regula la gestión directa de los servicios de competencia local en los municipios de régimen común y en los municipios de gran población, a través de organismos autónomos y de entidades públicas empresariales locales, prevé la existencia de órganos de dirección de los mismos que deberán ser funcionarios de carrera o laborales de las administraciones públicas o profesionales del sector privado, correspondiendo a los respectivos estatutos la determinación de los máximos órganos de dirección, ya sean unipersonales o colegiados, así como su forma de designación. De la misma manera, el artículo 85 ter de la LRBRL permite la constitución de sociedades mercantiles locales que se regirán íntegramente por el ordenamiento jurídico privado, correspondiendo a los respectivos estatutos determinar la forma de designación y el funcionamiento de la junta general y del consejo de administración, así como los máximos órganos de dirección de las mismas.

De la misma manera la LRSAL ha introducido en la disposición adicional duodécima de la LRBRL una extensa regulación sobre la estructura organizativa de los entes, consorcios, sociedades, organismos y fundaciones que conforman el sector público local, que incluye la fijación del número mínimo y máximo de directivos y el régimen de las correspondientes retribuciones. Régimen que hay que completar con las previsiones establecidas por la disposición adicional octava de la Ley 30/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, donde se regulan las especialidades de los contratos mercantiles y de alta dirección en el sector público, en lo relativo a las indemnizaciones por extinción de la relación especial de alta dirección.

En definitiva, el régimen jurídico de la dirección pública profesional es en estos preceptos fundamentalmente un régimen de organización que regula los órganos, los puestos y las funciones directivas, sus características propias y sus condiciones de cobertura, regulación que a menudo se define sucintamente y se remite para su construcción última a la norma local, entendida como una norma de organización y funcionamiento del gobierno local. Sencillamente, podemos decir que son los reglamentos y los estatutos propios de la Administración local los que deberán acabar determinando las estructuras, los niveles, los órganos, las funciones directivas y su forma de designación o cobertura.

A partir de ahí parece que corresponde a cada municipio de gran población y a cada diputación, cabildo y consejo insular, en ejercicio de su autonomía organizativa, concretar cuáles son exactamente sus órganos directivos,

cómo se crean y se suprimen, cómo se insertan en la estructura propia de su Administración local, cuáles son las funciones tipo que tienen atribuidas, cuáles son las características que se van a utilizar para determinar la condición del personal titular de determinadas funciones directivas, y cuáles los requisitos esenciales que se deberán acreditar para poder ostentar la titularidad de los órganos directivos.

Todo eso forma parte del régimen de organización de la función directiva o si se quiere de su regulación orgánica, todo eso es precisamente lo que ha de integrarse en un reglamento orgánico, es decir, en el reglamento orgánico de un municipio de gran población o diputación, cabildo o consejo insular.

2.3

El personal directivo no es una clase o subclase de personal

Ahora bien, como se ha dicho, otra cosa es la regulación del régimen jurídico específico del personal directivo, es decir, del personal que desempeña la titularidad de un órgano o puesto directivo establecido por las leyes y los reglamentos de organización.

Para abordar esa materia nuestros órganos jurisdiccionales se refieren, hoy por hoy, al Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, TREBEP), fundado en las competencias del Estado sobre la legislación relativa a los funcionarios públicos y la legislación laboral, es decir, sobre el empleo público.

Por consiguiente, el TREBEP no regula las funciones directivas, sino que se limita a incluir en su artículo 13 algunas reglas particulares relativas al régimen jurídico específico que ha de aplicarse a los empleados públicos que desempeñan los órganos y los puestos directivos.

Pero, en puridad, el personal directivo profesional no es una clase o subclase de empleado público. El artículo 8.2 del TREBEP, que se contempla en el Capítulo I, relativo a las clases de personal, del Título II, dedicado al personal al servicio de las administraciones públicas, no ha clasificado a los directivos profesionales como una clase de empleados públicos. Su regulación figura de forma diferenciada en el Capítulo II, del mismo Título, dedicado exclusivamente al personal directivo.

Lo cierto es que el artículo 13 del TREBEP determina que el régimen jurídico del personal directivo, así como los criterios para determinar su condición, se podrán establecer por el Gobierno y los órganos de gobierno de las comunidades autónomas. Igualmente, el primer párrafo de este mismo

precepto afirma que es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las administraciones públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración. De esta manera, el TREBEP quiere establecer una determinada conexión con las normas orgánicas propias de cada Administración pública. Son estas normas las que determinan el personal al cual resulta de aplicación el régimen jurídico del personal directivo.

En cualquier caso, el personal directivo no es un tipo jurídico de personal, pero sí un régimen jurídico específico que se aplica al personal que ejerce unas determinadas funciones que se definen como directivas por las correspondientes administraciones. En puridad, no hay directivos profesionales, sino personal de las administraciones públicas que desempeña funciones directivas que han de ser objeto de identificación en cada estructura orgánica en función de sus propias características. La materia objeto de regulación es la función directiva, pero no el personal directivo como una clase de empleado público.

Hoy por hoy, las clases de personal que componen el empleo público se relacionan en el artículo 8.2 del TREBEP. En dicho precepto los empleados públicos se clasifican en funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral y personal eventual. De hecho, el último párrafo del artículo 13 del TREBEP prevé que cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección. Por lo tanto, el personal directivo ha de reunir la condición de personal funcionario o de personal laboral, ya que no parece que pueda reunir la condición de personal eventual, personal que, tal como se dice en el artículo 12.1 del TREBEP, “solo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial”, un asesoramiento especial que el artículo 87.1.i) del TREBEP nos recuerda que es un “asesoramiento político”.

Esta posición recibe una fácil confirmación si desde el punto de vista estricto de la interpretación se tienen en cuenta los antecedentes históricos y legislativos del artículo 13 del TREBEP. Como antecedente histórico hay que tomar en consideración el Proyecto de Ley de Estatuto Básico de la Función Pública, presentado durante la VI Legislatura por el Gobierno del Partido Popular y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, con el número 177-1, el 5 de julio de 1999. Dicho Proyecto, que conecta directamente con el programa legislativo que dio luz a la LOFAGE, resulta claro en la identificación de la función directiva con la actividad ejercida por los titulares de los órganos directivos que se consideran como tales en la legislación de organización y funcionamiento de cada Administración pública. El objeto de la regulación es, pues, la función directiva profesional como una parte específica y diferenciada de la actividad profesional de

los funcionarios públicos. Por ello, el artículo 35.4 del Proyecto prevé expresamente que cada Administración pública ha de establecer el procedimiento de provisión de puestos de trabajo directivos y su régimen de permanencia y cese, con lo que se puede concluir, sin un particular esfuerzo interpretativo, que el desempeño de dichos puestos directivos recaerá ordinariamente en personas que ostenten la condición de funcionario.

De hecho, el Informe de la Comisión para el estudio y la preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, parece reaccionar frente a la consolidación de un esquema de este tipo presente en nuestro ordenamiento jurídico a través de la LOFAGE y de la Ley 57/2003, de medidas para la modernización del gobierno local, que le parece limitativo de un grupo profesional directivo dotado de la suficiente estabilidad, lo que le lleva a conceptualizar una clase de personal directivo. Se trataba, pues, de pasar de la reserva de ciertos cargos o puestos denominados directivos a la regulación de un estatuto propio de la figura directiva, entendida como una “clase de personal” al servicio de las administraciones públicas diferenciada de otras. Y aunque el Proyecto de Ley presentado por el Gobierno del Partido Socialista, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, con el núm. 94-1, el 8 de septiembre de 2006, no clasificaba al personal directivo como una clase de empleados públicos diferenciada de las otras y dotada con un estatuto específico propio, lo cierto es que el Proyecto aprobado por el Congreso de los Diputados y presentado al Senado, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, núm. 94-14, el 2 de enero de 2007, acabó incorporando una letra e) al párrafo 8.2 del articulado que conceptualizaba al personal directivo como una clase de personal, opción que fue corregida por el mismo Grupo Socialista a través de la enmienda 265, publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, núm. 85 (d), el 21 de febrero de 2007, en la cual se proponía la supresión de la letra e) del apartado 2 del artículo 8, relativa a “personal directivo”, afirmando en la correspondiente justificación lo siguiente: “En realidad el personal directivo o será personal funcionario o será personal laboral. Por lo tanto no es, en sus estrictos términos, otra clase de empleado público”. La conclusión se impone por su propia lógica: en el espíritu y en la finalidad del legislador nunca se llegó a consolidar la idea de que el personal directivo profesional debiera ser una clase de personal.

El planteamiento expuesto, fundado en la inexistencia de una clase o un tipo de empleado público directivo profesional, permite afirmar que el objeto de la regulación del artículo 13 del TREBEP no es un tipo de personal, sino, más correctamente, el régimen jurídico específico del personal que desempeña funciones directivas profesionales en las administraciones públicas, que

puede ser funcionario o laboral y que cuando es laboral estará sometido a una relación de carácter especial de alta dirección.

En este punto cobra toda su lógica el artículo 130.3 de la LRBRL, relativo a los órganos directivos de los municipios de gran población, donde se prevé que el nombramiento de los órganos directivos que se denominan coordinadores generales y de los directores generales, deberá efectuarse entre funcionarios de carrera del Estado, de las comunidades autónomas, de las entidades locales o con habilitación de carácter nacional que pertenezcan a cuerpos o escalas clasificados en el subgrupo A1, salvo que el reglamento orgánico municipal permita que, en atención a las características específicas de las funciones de tales órganos directivos, su titular no reúna dicha condición de funcionario.

De la misma manera, el artículo 32 bis de la LRBRL, referido al personal directivo de las diputaciones, los cabildos y los consejos insulares, prevé que el nombramiento del personal directivo que, en su caso, hubiera en las diputaciones, los cabildos y los consejos insulares deberá efectuarse de acuerdo a criterios de competencia profesional y experiencia, entre funcionarios de carrera del Estado, de las comunidades autónomas, de las entidades locales o con habilitación de carácter nacional que pertenezcan a cuerpos o escalas clasificados en el subgrupo A1, salvo que el reglamento orgánico permita que, en atención a las características específicas de las funciones de tales órganos directivos, su titular no reúna dicha condición de funcionario.

Además, este es un planteamiento compartido por la escasa jurisprudencia que ha interpretado estos preceptos. Así, por ejemplo, la STSJ de Castilla-La Mancha, Albacete, de 7 de mayo de 2010, rec. 198/2008, y la STSJ de la Comunidad Valenciana de 30 de noviembre de 2012, rec. 198/2008, nos dirán lo siguiente: “En puridad no se puede decir que el personal directivo sea una clase más de empleados públicos, toda vez que no aparece aludido en la tipología de empleados públicos contenida en el art. 8 del EBEP (Ley 7/2007, de 12 de abril) y parece situado más bien en el ámbito de la organización administrativa”. Complementariamente, la STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 18 de octubre de 2013, rec. 159/2013, advertirá que no se ha de confundir el personal con el puesto de trabajo que es el órgano directivo, afirmando lo siguiente: “La Ley de Bases de Régimen Local no había previsto una categoría nueva de personal sino puestos de trabajo excluidos del régimen propio del empleo público”. Más concluyente resulta ser la STSJ de Murcia de 19 de mayo de 2016, rec. 26/2016, donde se contiene la afirmación siguiente: “No existe en ninguna Administración pública española ningún cuerpo o escala que con la denominación ‘directivo’ agrupe a los funcionarios. Antes al contrario, lo que merece el calificativo de ‘directivo’ con-

forme a nuestra legislación son puestos concretos de trabajo que pueden ser desempeñados o no por funcionarios, de acuerdo con la normativa aplicable”. Una línea jurisprudencial que parece inspirar el comentario accidental de la STS de 28 de enero de 2016, rec. 895/2014, en la cual se considera personal directivo profesional el que, de acuerdo con el artículo 13.1 del TREBEP, desarrolla funciones directivas profesionales en las administraciones públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración, aclarando expresamente lo siguiente: “su vínculo con esta puede ser el propio de la relación de servicios de funcionarios de carrera o de naturaleza laboral (artículo 13.4 del Estatuto)”.

El personal directivo tiene que pertenecer, pues, a una clase de personal, funcionario de carrera o personal laboral, lo que significa que su régimen jurídico específico está constituido por algunas reglas especiales, diferentes, al menos en parte, a las que se aplican al resto de los empleados públicos, pero no por una regulación completa y separada que sustituya por entero a la legislación que resulta de aplicación al personal funcionario o laboral. Salvado este régimen específico, si el directivo público ha de ser funcionario o laboral le ha de resultar de aplicación la legislación propia de una u otra clase de empleado público, según su propia condición y tipo de relación.

2.4

El personal directivo ha de tener normalmente la condición de funcionario de carrera

Se ha dicho que en el ordenamiento jurídico español la dirección pública profesional es un sistema de circuito cerrado al que solo pueden acceder los funcionarios de carrera de los grupos superiores.

La afirmación realizada se puede fundamentar sin un particular esfuerzo interpretativo en los textos legales vigentes. El artículo 2.6 de la LACAGE prevé expresamente que el nombramiento de los subsecretarios y secretarios generales se realizará entre funcionarios de carrera del Estado, de las comunidades autónomas o de las entidades locales, que pertenezcan a cuerpos clasificados en el subgrupo de titulación A1. Dicha regulación también es de aplicación al nombramiento de los directores generales, salvo que el real decreto de estructura del departamento permita que, en atención a las características específicas de las funciones de la dirección general, su titular no reúna la condición de funcionario, una excepción que deberá motivarse expresamente, mediante memoria razonada expresiva de la concurrencia de las especiales características que justifiquen dicha circunstancia excepcional.

También, como ya hemos dicho, los artículos 32 bis y 130.3 de la LRRL prevén que los nombramientos de los titulares de los órganos directivos de los municipios de gran población, diputaciones, cabildos y consejos insulares se deberán efectuar entre funcionarios de carrera del Estado, de las comunidades autónomas, de las entidades locales o con habilitación de carácter nacional que pertenezcan a cuerpos o escalas clasificados en el subgrupo A1, salvo que el reglamento orgánico permita que, en atención a las características específicas de las funciones de tales órganos directivos, su titular no reúna dicha condición de funcionario.

De aquí puede concluirse, con referencia a la Administración local, lo siguiente:

a) Como principio general, el régimen jurídico de los titulares de los órganos directivos es el de funcionario de carrera, de manera que, con carácter ordinario y normal, su nombramiento solo podrá efectuarse entre funcionarios de carrera del Estado, de las comunidades autónomas, de las entidades locales o con habilitación de carácter nacional que pertenezcan a cuerpos o escalas clasificados en el subgrupo A1.

b) Excepcionalmente, el reglamento orgánico permite el nombramiento de personal que tenga la condición de personal laboral en atención siempre a las características específicas de las funciones atribuidas a los órganos directivos, que son las que permitan que sus titulares no tengan la condición de funcionario.

Lógicamente, planteada así la cuestión resulta evidente que la determinación de los órganos directivos cuyos titulares pueden ostentar la condición de personal laboral no es enteramente libre. Dicho de una manera simple, lo normal es que los puestos directivos sean ocupados por un funcionario de carrera. Lo excepcional es que esos puestos directivos puedan ser ocupados por personal laboral y las excepciones han de ser cuantitativamente razonables. Además, se han de instrumentar formalmente a través del reglamento orgánico y se han de fundamentar expresamente en las características específicas de las funciones de un particular puesto directivo, lo que exige una motivación expresa de la excepción en base a una justificación objetiva, razonable y concreta.

La jurisprudencia existente en esta materia parece referir las características específicas que permiten la realización de la excepción mencionada a los tres tipos de situaciones siguientes:

a) El hecho objetivo de que las funciones del órgano o del puesto directivo no se correspondan con las de los cuerpos o escalas de funcionarios existentes en una estructura profesional propia, tomando como referencia la preparación, la experiencia y las tareas asignadas, lo que puede demandar un

perfil profesional específico dotado de competencias y experiencias plurales que se adquieren principalmente en el sector privado, y resultan acreditativas de una idoneidad superior para unas funciones específicas que han de ser objeto de definición previa. Por lo tanto, aquí las características de excepción apuntan a una hipotética insuficiencia del perfil profesional de los funcionarios de carrera existentes en un determinado centro orgánico, tal como se advierte en las SSTS de 21 de marzo, rec. 1060, de 6 de marzo de 2007, rec. 23/2006, y de 22 de octubre de 2013, rec. 240/2012.

b) La existencia de un determinado puesto directivo que en función de sus especiales características pueda ser desempeñado por otros empleados públicos que no tengan la condición de funcionario, pero que pueden llegar a acreditar una especial competencia en las materias propias comprendidas en el ámbito funcional del correspondiente órgano directivo, con lo que resulta innecesario que dichos puestos directivos hayan de ser cubiertos por personal externo que no posee la condición de empleado público, como se argumenta en la STS de 3 de septiembre de 2010, rec. 528/2008.

c) La naturaleza última de una determinada posición directiva definida por un contenido funcional claramente político por coadyuvar al diseño de estrategias y programas sectoriales, de presente y de futuro, complejos y de una indudable transcendencia, que conectan con la conveniencia y la necesidad de un profundo conocimiento de determinados sectores de la sociedad civil, o con una indudable obligación de relación con representantes políticos de los diversos niveles de las estructuras territoriales del Estado, funciones todas ellas alejadas de aquellas posiciones directivas que tienen una naturaleza más técnica y administrativa, tal como se dice en las SSTS de 2 de julio de 2008, rec. 81/2005, y de 22 de octubre de 2013, rec. 240/2012.

En todo caso, más allá de lo dicho hasta el momento, lo cierto es que en la jurisprudencia más reciente la afirmación es clara: el nombramiento para el desempeño de puestos directivos ha de recaer preferentemente en quienes tengan la condición de funcionario de carrera, siendo excepcional lo contrario y solo para el supuesto de que así se requiera en atención a las características específicas de las funciones que se vayan a desempeñar, que han de poner de manifiesto que se precisan unos conocimientos y preparación ajenos a los propios de los cuerpos y escalas de funcionarios existentes en una determinada estructura organizativa, tal como se dice en las SSTSJ de las Islas Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, de 24 de julio, de 2018, rec. 392/2018, y de 29 de enero de 2019, rec. 222/2018.

Lógicamente, si eso es así puede afirmarse que el régimen jurídico de los titulares de los puestos directivos, salvadas siempre las correspondientes peculiaridades que en atención a su condición específica puedan establecerse

en las leyes y en los reglamentos, será el del personal funcionario de carrera. De la misma manera, el régimen jurídico del personal directivo con contrato laboral será el que regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, con las especialidades propias de su aplicación al sector público, y en nuestro caso, de forma más concreta, al sector público local.

3

El personal directivo en la legislación de régimen local y de empleo público: fragmentación o integración

En este apartado queremos hacer una referencia expresa a las dos cuestiones siguientes: (1) la determinación de los preceptos del régimen local que resultan de aplicación a los titulares de los puestos directivos, y (2) la concreción de los preceptos de la legislación de empleo público que podrían resultar de aplicación a los titulares de las funciones directivas en las entidades locales.

3.1

Los preceptos del régimen local que regulan aspectos referidos a la dirección pública

Al margen de lo que pueda decir el voto mayoritario de la STS, Sala de lo Contencioso, de 17 de diciembre de 2019, rec. 2145/2017, el régimen local cuenta con una adecuada definición de lo que pueda ser la figura directiva en este nivel territorial. La disposición adicional decimoquinta de la LRBRL, referida al régimen de incompatibilidades y declaraciones de actividades y bienes de los directivos locales y de otro personal al servicio de las entidades locales, nos dice lo siguiente: “tendrán la consideración de personal directivo los titulares de los órganos directivos que ejerzan funciones de gestión o ejecución de carácter superior, ajustándose a las directrices generales fijadas por el órgano de gobierno de la corporación, adoptando al efecto las decisiones oportunas y disponiendo para ello de un margen de autonomía, dentro de esas directrices generales”.

El valor de esta disposición tiene ciertamente un carácter estructurador que reside en los dos aspectos siguientes:

a) Confirma que tiene la consideración de personal directivo la persona titular de un órgano directivo que han de identificar las normas específicas de cada Administración pública.

b) Define una serie de características propias de la relación de dirección, como pueden ser: (1) el ejercicio de funciones de gestión o ejecución de carácter superior; (2) la dependencia del órgano de gobierno de la corporación de la que se reciben instrucciones generales; y (3) la existencia de un margen de autonomía, lo que conlleva la correspondiente asunción de responsabilidad por la propia gestión.

En definitiva, la identificación de una posición directiva en el seno de cada Administración local requiere como mínimo la concurrencia de tres requisitos: el funcional, por el que deben ejercerse funciones de gestión o ejecución de carácter superior; el jerárquico, por el que la actividad se desarrolla solo limitada por las directrices generales del órgano de gobierno de la corporación, órgano del que se depende; y el objetivo, por el que la actividad se desarrolla con un margen de autonomía, asumiendo la responsabilidad por la gestión realizada.

No parece, pues, que falte en nuestro régimen local un precepto que defina las características propias de la función directiva. Es más, si se adopta una perspectiva comparada, se observa que la definición realizada guarda una serie de coincidencias relevantes con los elementos conceptuales que determinan el ámbito del contrato laboral de alta dirección que resultan enunciados en el artículo 1.dos del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de alta dirección (en adelante, RDPAD), en el que se dice: “Se considera personal de alta dirección a aquellos 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”.

Unas coincidencias que se acentúan en el artículo 3.1.b) del Real Decreto 451/2012, 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, precepto en el cual se afirma que directivos: “son quienes formando parte del consejo de administración, de los órganos de 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”.

Por lo tanto, podemos concluir que en el sector local, a diferencia de lo que sucede en otros niveles territoriales, existe un precepto con rango de ley que califica y define expresamente al personal directivo al margen del Estatuto Básico del Empleado Público.

Dicho esto no estará de más advertir que el mencionado precepto establece también el régimen de incompatibilidades y declaraciones de actividades y bienes de los directivos locales. De esta manera, la disposición mencionada advierte que los titulares de los órganos directivos quedan sometidos al régimen de incompatibilidades establecido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y en otras normas estatales o autonómicas que resulten de aplicación. Pero también les resultan de aplicación las limitaciones establecidas al ejercicio de actividades privadas establecidas en el artículo 8 de 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, en los términos establecidos por el artículo 75.8 de la LRBRL y el régimen previsto en el artículo 75.7 de esta misma Ley para la formulación de las correspondientes declaraciones.

Finalmente, conviene reparar en que el artículo 176 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, sigue prescribiendo que los puestos de trabajo de carácter directivo han de ser incluidos en la relación de puestos de trabajo de la correspondiente corporación local, relación que puede ser la general o un instrumento de ordenación similar distinto y separado de la clasificación del resto de personal de la correspondiente entidad local, ya que ninguna norma obliga a una Administración pública a elaborar una sola y única relación o catálogo de puestos de trabajo.

A las prescripciones citadas hay que añadir aquellas a las que hemos hecho referencia y que pasamos brevemente a enunciar para obtener una visión de conjunto de la forma siguiente:

a) Los artículos 130 y 32 bis de la LRBRL, en los que se regulan los requisitos de designación y los criterios para determinar la condición de los titulares de los órganos directivos.

b) El artículo 58 de la LRBRL, en el que se regulan los requisitos, la forma de designación y la manera de determinar la condición de los titulares de los máximos órganos de dirección de los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales y las sociedades mercantiles locales.

c) La disposición adicional octava de la Ley 30/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, donde se regulan las especialidades de los contratos mercantiles y de alta dirección en el sector público local en cuanto a las indemnizaciones por extinción de la relación laboral de alta dirección.

d) La disposición adicional duodécima de la LRBRL, en la cual se fijan las estructuras organizativas tipo de los entes, consorcios, sociedades, orga-

nismos y fundaciones que conforman el sector público local, con concreción del número mínimo y máximo de directivos por cada tipo de clasificación y establecimiento de criterios para determinar las retribuciones que pudieran corresponderles.

3.2

Los preceptos generales de la legislación de empleo público que regulan aspectos referidos a la dirección pública

La falta de coherencia interna en el ordenamiento jurídico de la dirección pública profesional en el Estado español puede hacer pensar que no existe un tipo único de función directiva, sino una pluralidad de regímenes jurídicos de carácter especial que resultarían de aplicación de forma diferenciada a los titulares de los órganos directivos de la Administración del Estado, a los titulares de los órganos directivos de cada comunidad autónoma, a los titulares de los órganos directivos de los municipios de gran población, a los titulares de los órganos directivos de los entes locales supramunicipales y a los titulares de los órganos directivos de los municipios de régimen común. Aún más, se podría llegar a decir que los órganos directivos del Estado, de los municipios de gran población y de las entidades municipales estarían inspirados en el modelo LOFAGE, que resulta radicalmente distinto al esquema propio de una dirección pública profesional prevista en el artículo 13 del EBEP.

De hecho lo que sucede es que los artículos 130 y 32 bis de la LRBRL y el artículo 13 del TREBEP aparecen en trayectorias, contextos y referencias distintos, pretendiendo objetivos no exactamente coincidentes, de manera que los elementos normativos reguladores de los órganos directivos de los municipios de gran población y de los entes locales supramunicipales y los propios de la dirección pública profesional enunciados en la legislación de empleo público no se situarían en línea de continuidad, sino de manera paralela, hasta el punto de que podría afirmarse que obedecen a fundamentos distintos y a concepciones básicamente alternativas, más próxima la primera al sistema de altos cargos del Estado, más sobrepuesta la segunda al modelo de dirección propio de la alta función pública profesional.

Precisamente, la distinción entre un sistema de altos cargos y un sistema de dirección pública profesional puede resultar significativa a nuestros efectos. Los altos cargos son figuras propias y exclusivas del Estado y de las comunidades autónomas, y aunque se les considera titulares de órganos directivos no son, o no han de ser, conceptualizados como directivos públicos profesionales. Ciertamente, una dirección general puede ser perfectamente un

órgano directivo de un determinado departamento, pero dicha cualificación no supone que el titular de dicha dirección haya de ser un directivo público profesional regulado por el artículo 13 del TREBEP.

Precisamente ocurre todo lo contrario, se trata de un alto cargo titular de un órgano directivo regulado por la legislación de altos cargos del Estado o de la correspondiente comunidad autónoma, tal como se afirma, por cierto, en la STC 202/2003, de 17 de noviembre, donde se dice: “En efecto, ni el cargo de director general forma parte de la carrera administrativa, ni es tampoco un puesto de trabajo clasificado en ninguno de los treinta niveles a que obliga el art. 21.2 a) de la Ley 30/1984. Es, por el contrario, un órgano directivo del correspondiente departamento ministerial o consejería que tiene la consideración de alto cargo, y que por lo demás, en puridad, ni siquiera está reservado a funcionarios de carrera, por más que este sea el modo ordinario y preferente que señalen las leyes para su selección”.

Una línea plenamente confirmada en la STS de 18 de enero de 2016, rec. 895/2014, donde se dice con absoluta claridad: “La Dirección General es, ciertamente, un órgano directivo del Ministerio pero tal calificación no supone que quien está al frente de ella sea o forme parte del personal directivo profesional al que alude el artículo 13 del Estatuto Básico del Empleado Público”.

Aunque lo cierto es que algún pronunciamiento parece haber querido trasladar la distinción mencionada al ámbito local, tal como se puede ver en la STSJ de Madrid de 16 de noviembre de 2016, rec. 468/2016, referida a los órganos directivos de un municipio de gran población, donde se dice: “una cosa es el directivo público profesional del citado art. 13 y otra el órgano directivo a que estos autos se contraen, desempeñando el primero una función directiva profesional frente a la dimensión política de la gestión del segundo”.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria no ha ido por esos derroteros y ha procedido a una rápida –pero discutible– identificación entre el régimen jurídico de los titulares de los órganos directivos de las entidades locales y el régimen jurídico de los directivos públicos profesionales que ahora parece cimentar la STS, Sala de lo Contencioso, de 17 de diciembre de 2019, rec. 2145/2017, sin plantearse siquiera, al menos teóricamente, otro tipo de alternativa o solución.

Pero si repasamos los antecedentes en esta materia, la STSJ de Cataluña de 26 de junio de 2015, rec. 69/2015, advierte de que la noción de “alto cargo” no es un concepto difuso o elástico que pueda trasladarse sin más a la Administración local, ya que requiere una norma que expresa y unívocamente otorgue al titular de un órgano este carácter, hasta el punto de que cada ámbito administrativo utiliza sus propios criterios diferenciados para determinar

cuáles de sus órganos superiores o directivos tienen la consideración de altos cargos, existiendo también órganos directivos cuyos titulares no tienen la consideración de altos cargos, pero que acaban resultando asimilados a estos a los solos efectos de las normas sobre incompatibilidades o sobre conflictos de intereses. En todo caso, la misma sentencia nos recuerda, en base a la doctrina establecida por la STSJ de Aragón de 6 de marzo de 2015, rec. 65/2012, que en la normativa reguladora de la Administración local no existe ninguna mención al concepto de alto cargo, ni tampoco una enumeración de los altos cargos que pueden llegar a existir en la organización municipal o provincial, limitándose el régimen jurídico de los municipios de gran población a establecer como “órganos superiores” al alcalde y a los miembros de la junta de gobierno, sin que se les atribuya la condición de alto cargo, concluyendo que, en definitiva, los titulares de los órganos superiores y de los órganos directivos en la Administración local no tienen la consideración de alto cargo. Lo que por cierto se dice con toda rotundidad en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de septiembre de 2014, rec. 386/2012, cuando se afirma: “ningún titular de los órganos directivos municipales, ni tampoco de los denominados órganos superiores, tiene la consideración de alto cargo”.

Si se considera que no tienen dicha consideración, si la dirección pública en la Administración local no tiene una dimensión política, el paso lógico es identificarla con la dirección pública profesional servida por empleados públicos.

El planteamiento inicial de esta doctrina se encuentra en la STSJ de Castilla-La Mancha, de 7 de mayo de 2010, rec. 198/2008, en la cual se refleja tal como, por cierto, dice el mismo pronunciamiento, la enorme confusión terminológica y conceptual existente en una materia en la que se tiende a equiparar al directivo público con los altos cargos y los puestos de confianza política, advirtiendo acertadamente de que el personal directivo se inserta en un espacio propio entre la dirección política y la función pública superior de carrera, de manera que la figura ha de ser concebida como la de un profesional con capacidad de liderazgo que posee la formación y las habilidades necesarias para hacer funcionar adecuadamente el engranaje administrativo, bajo la dirección de los correspondientes órganos de gobierno, desarrollando una gestión que ha de quedar sometida a criterios de eficacia, eficiencia, responsabilidad y control de resultados en función de objetivos previamente definidos, advirtiendo al respecto que optar por dar preeminencia al elemento político en la configuración del régimen directivo podría resultar contrario a los principios constitucionales de mérito y capacidad que inspiran a la función pública (art. 103.3 CE), a los de objetividad de la actuación administrativa y eficacia (art. 103.1 CE), y a los de eficiencia y economía en el gasto público (art. 31.2 CE),

que avalan la opción por la profesionalización hecha por el artículo 13 del TREBEP, también en el ámbito de la Administración local y, más concretamente, en la designación de los directivos propios de los municipios de gran población.

A partir de ahí resulta fácil dar un salto conceptual y admitir que el régimen jurídico de los titulares de los órganos directivos previsto por los artículos 130 y 32 bis de la LRBRL, se ha de complementar con el régimen jurídico del personal directivo profesional del artículo 13 del TREBEP.

En esa dirección, la STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 18 de octubre de 2013, rec. 159/2013, dirá lo siguiente: “La Ley de Bases de Régimen Local no había previsto una categoría nueva de personal sino puestos de trabajo excluidos del régimen propio del empleo público. Una vez que el personal que ha de ocupar estos puestos tiene un régimen jurídico específico en el EBEP, ha de ser aplicado también a la función directiva profesional en el ámbito municipal aunque sus normas propias no lo hayan previsto expresamente pues no tenían necesidad de reproducir las bases legales de la función pública”.

Más concretamente, para el supuesto específico de las entidades supra-municipales, la STSJ de Extremadura de 9 de febrero de 2017, rec. 156/2016, que da origen al pronunciamiento que nos ha de ocupar, nos dirá: “El art. 32 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (LRBRL), introducido por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), determina el régimen y los requisitos de los nombramientos del personal directivo en las diputaciones provinciales. Este régimen jurídico debe completarse con lo dispuesto, con carácter básico, en el art. 13 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) y la disposición adicional decimoquinta de la LRBRL”.

La aplicación del artículo 13 del TREBEP a los titulares de los órganos directivos presupone un ejercicio de traslación de conceptos que se podría articular de la forma siguiente:

a) La identificación de las funciones directivas se reenvía a las normas específicas de cada Administración pública, lo que resulta ser una remisión directa a la determinación de los tipos orgánicos y las estructuras propias de cada entidad local, entidades que deberán tener en cuenta para su adecuada concreción los criterios sustantivos establecidos en la disposición adicional decimoquinta de la LRBRL sobre caracterización de las funciones directivas.

b) La designación de los titulares de los órganos directivos ha de atender a los principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad y se ha de producir en base a procedimientos que garanticen la publicidad y la concurrencia, entre los que se encuentra el de libre designación, por lo que dicho

precepto puede relacionarse legítimamente con el artículo 80.1 del TREBEP, donde se dice que la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto se produce a través de una “apreciación discrecional”.

c) El personal directivo ha de sujetarse a criterios de evaluación de acuerdo con criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por la propia gestión y control de resultados en relación con los objetivos que se les hayan podido fijar.

d) La determinación de las condiciones de trabajo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva, lo que, por cierto, se confirma con carácter general en el artículo 37.2.c) del TREBEP.

e) El personal directivo que haya de reunir la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección.

A estas prescripciones hay que sumar otra, como es la contenida en el artículo 87.f) del TREBEP, donde se prevé el pase a la situación de servicios especiales de los funcionarios de carrera que desempeñen responsabilidades en los órganos directivos municipales, un concepto que puede extenderse sin dificultad a los titulares de los órganos directivos de los entes supramunicipales.

Abundando en la línea de reforzar el régimen de las incompatibilidades del personal directivo, también conviene anotar que la disposición final tercera del TREBEP modifica la legislación de incompatibilidades para declarar que no podrá autorizarse o reconocerse compatibilidad al personal directivo, incluido el sujeto a una relación laboral de carácter especial de alta dirección.

En cualquier caso, si procedemos a una interpretación armónica e integrada de todo lo dicho hasta el momento podemos llegar a las siguientes conclusiones:

a) Existe en nuestra legislación de régimen local una definición clara de lo que pueden ser las funciones directivas profesionales, y una atribución específica a cada Administración pública para definir las y estructurarlas en sus normas e instrumentos específicos de acuerdo con sus potestades de organización.

b) La legislación vigente de régimen local permite a los municipios de gran población y a los entes supramunicipales determinar la condición del personal directivo a través de sus reglamentos orgánicos.

c) La legislación de régimen local y la de empleo público determinan los requisitos y los principios de la designación del personal directivo, sin que parezca descabellado pensar que el cese de dicho personal se dará de acuerdo con los mismos en base a una decisión motivada en la pérdida de la idoneidad

para desempeñar el puesto, o en la falta de obtención de resultados con referencia a los objetivos que le hayan sido previamente fijados.

d) Existe en nuestra legislación de régimen local y de empleo público una amplia regulación del sistema de incompatibilidades y prevención de conflictos de intereses de los directivos públicos.

e) Nuestras normas de empleo público regulan el régimen jurídico de las situaciones administrativas del personal directivo en función de la naturaleza de su relación y de su posición en la situación de origen.

f) No parece descabellado pensar que la inexistencia de negociación para determinar las condiciones de trabajo del personal directivo conlleva que las mencionadas condiciones sean fijadas unilateralmente por la Administración, y aceptadas por dicho personal en el momento de su designación y toma de posesión.

g) La sujeción del personal directivo a evaluación con arreglo a criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultado, no excluye su necesario ajuste al sistema de deberes, principios éticos y de conducta propio de los empleados públicos.

h) De hecho, la naturaleza última de este personal como personal funcionario y personal laboral de las administraciones públicas permitiría afirmar que el Estatuto Básico del Empleado Público debe actuar como norma supletoria necesaria para la cobertura de todo tipo de vacíos que pudieran detectarse en su régimen jurídico, tal como, por cierto, parece apuntar el artículo 2.5 del TREBEP.

i) Respecto al personal laboral que pudiera llegar a cubrir posiciones directivas en base a las habilitaciones permitidas por la legislación de régimen local y la legislación de empleo público instrumentadas a través de un contrato laboral de alta dirección, existe un verdadero bloque normativo que particulariza y concreta el régimen jurídico de esta relación laboral especial en el sector público.

No se trata, pues, de la existencia de unas concretas y muy específicas atribuciones a los entes locales sobre el personal directivo que no llegarían a constituir un régimen ordenado y homogéneo capaz de articular las particularidades de la figura. Obviamente, se puede llegar a esta solución si se renuncia a toda función de carácter hermenéutico y se reduce la función del intérprete del derecho a una pura comprobación de textos, volviendo a tiempos pretéritos donde el único criterio es la letra de la ley atendiendo al significado propio de las palabras, aunque ello suponga prescindir de otros criterios como pueden ser los antecedentes históricos y legislativos, la finalidad de las normas, la realidad social de nuestro tiempo y la propia complejidad que supone la existencia de un sistema de autonomías territo-

riales, es decir, de poderes políticos autónomos con capacidad para definir estructuras de gobierno.

4

La STS, Sala de lo Contencioso, de 17 de diciembre de 2019, rec. 2145/2017

4.1

Antecedentes

Las páginas que siguen tienen por objeto comentar los fundamentos de derecho del voto mayoritario y del minoritario de la sentencia citada desde una vertiente estrictamente sustantiva.

Dicha sentencia resuelve el recurso de casación interpuesto por la Diputación Provincial de Cáceres contra la sentencia n.º 61, de 9 de febrero de 2017, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura con sede en Cáceres, en el recurso contencioso-administrativo n.º 156/2016, sobre función pública y personal.

El recurso cuestionaba el Acuerdo Plenario de la Diputación de Cáceres de fecha de 9 de febrero de 2016, de aprobación definitiva del Reglamento que regula entre otras materias el régimen jurídico del personal directivo de la Diputación Provincial, que quedaba anulado por decisión de dicho Tribunal.

Hay que apresurarse a decir que dicho fallo solo tiene una consecuencia directa sobre la parte del Reglamento Orgánico de la mencionada Diputación que se anula, pero no produce efectos sobre otros posibles reglamentos, provinciales y locales, que regulan la materia, normas que no han sido cuestionadas ante nuestros órganos jurisdiccionales y que mantienen toda su validez y eficacia jurídica, habiendo ganado la correspondiente firmeza. Es más, conviene recordar aquí que la jurisprudencia solo complementa el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo y no con una única sentencia.

En todo caso, la parte del Reglamento Orgánico de la Diputación Provincial de Cáceres, después de la corrección de errores publicada en el BOP, n.º 140, de 21 de julio de 2016, que ha sido anulada dedicaba su título V al personal eventual y al personal directivo, y el capítulo II de dicho título íntegramente al personal directivo. El mencionado capítulo contenía un artículo 104, sobre el régimen jurídico del personal directivo, un artículo 105, sobre órganos directivos, un artículo 106, sobre funciones del personal directivo, un artículo 107, sobre requisitos del personal directivo, un artículo 108, sobre

nombramiento del personal directivo, un artículo 109, sobre el régimen jurídico aplicable al personal directivo, y un artículo 110, sobre responsabilidad por la gestión y evaluación de resultado. Dicho régimen acabado y completo se fundaba en lo previsto en el artículo 32 bis y la disposición adicional 15.^a de la LRBRL, así como en el artículo 13 del TREBEP, y ocupaba las páginas 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35 y 36 del correspondiente Boletín Oficial de la Provincia.

Las cuestiones en las que entendió que existía interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia por el ATS de 23 de abril de 2018, rec. 2145/2017, eran las siguientes:

a) Si el artículo 13 del TREBEP es relevante y resulta de aplicación en la determinación de las competencias de los entes locales para la regulación de su personal directivo.

b) Si entra dentro de las competencias de los entes locales y, en particular, de las diputaciones provinciales la regulación de su personal directivo.

c) Si existe una reserva de ley en la regulación del personal directivo de los entes locales y, en ese caso, qué grado de intensidad normativa se ha de contener en la norma de rango legal para entender satisfecha la reserva de ley sin menoscabo de la potestad de autoorganización de los entes locales.

A tener en cuenta que la sala de admisión reproduce en los razonamientos jurídicos de su auto una parte del escrito de la parte recurrente, indicando que aunque del artículo 13 del TREBEP parece deducirse que la competencia para la regulación del personal directivo corresponde al Estado y a las comunidades autónomas, ello puede deberse a un olvido del legislador o bien tratarse de una opción deliberada que determinaría que el artículo 13 del TRBEP cedería ante la legislación sectorial, esto es, la contemplada en la LRBRL.

4.2

El voto mayoritario de la Sala y la desestimación del recurso de casación presentado por la Diputación Provincial de Cáceres

El juicio del voto mayoritario de la sala se fundamenta en una interpretación estrictamente literal y finalista del artículo 13 del TREBEP que se constituye desde el primer momento en el elemento central del litigio.

El primer párrafo de dicho precepto dispone lo siguiente: “El Gobierno y los órganos de gobierno de las comunidades autónomas podrán establecer, en desarrollo de este Estatuto, el régimen jurídico específico del personal directivo así como los criterios para determinar su condición”.

A partir de ahí y sobre la simple observación del texto transcrito se llega rápidamente a las siguientes conclusiones:

a) No existe una reserva de ley en la regulación del personal directivo de los entes locales.

b) No hay ninguna atribución a los entes locales para regular el régimen jurídico del personal directivo. Por lo tanto, no existe, pues, un olvido del legislador, ni una competencia implícita de los entes locales para proceder a dicha regulación.

c) Implícitamente, se sostiene también que el artículo 13 del TREBEP resulta de aplicación al personal directivo de los entes locales, lo que presupone que la dirección pública local no constituye en sí misma considerada un sistema institucional propio específicamente contemplado por las normas del régimen local constituido como ordenamiento jurídico sectorial.

d) Implícitamente, se admite también que lo que está en juego es una cuestión de función pública o, si se quiere, tal como dice el propio Tribunal, un esquema atípico de empleo público. Por lo tanto, la discusión no se refiere a un ámbito institucional u organizativo; el elemento central de litigio es un régimen jurídico específico de personal.

A partir de ahí la conclusión resulta obvia: los entes locales no están habilitados para desarrollar reglamentariamente el artículo 13 del TREBEP, una competencia únicamente atribuida al Gobierno del Estado y a los ejecutivos de las comunidades autónomas.

En este punto se recurre a una interpretación finalista para subrayar que la habilitación normativa concedida a los Gobiernos del Estado y de las comunidades autónomas pone de relieve la importancia que el legislador estatal otorga a que ese régimen esté dotado de suficiente homogeneidad y tenga una ordenación coherente.

La idea de homogeneidad resulta sorprendente en un modelo territorial que puede llegar a admitir hasta diecisiete construcciones distintas correspondientes a otras tantas comunidades autónomas, salvo que implícitamente la tesis del Tribunal presuponga una invitación al Estado para ejercer su competencia básica en esta particular materia, competencia, no lo olvidemos, que hoy por hoy ha quedado fijada en el artículo 13 del TREBEP, con independencia de que sepamos que lo básico no tiene por qué tener siempre la misma amplitud.

Lo cierto es que la idea de homogeneidad se nos aparece como un sucedáneo de la de uniformidad mínima. Se trata, pues, de garantizar un tratamiento general y unitario que ha de tener vigencia como mínimo en el ámbito territorial de cada comunidad autónoma, lo que “a sensu” con-

trario significaría, desde la perspectiva del principio de autonomía local, que todo aquello que no pudiera ser considerado una normativa necesariamente uniforme y común debería formar parte de la competencia local en la materia régimen jurídico del personal directivo.

En la práctica, sucede que nuestro Tribunal parece querer hacer jugar a la regulación propia que se pudiera ordenar por los ejecutivos el papel característico de una norma básica estatal. De hecho el valor uniformidad, o si se quiere, homogeneidad, es el fundamento último y explicativo de la competencia básica, homogeneidad que no se encontraría asegurada por lo dispuesto en el artículo 13 del TREBEP. De lo que se deduce que el planteamiento de este texto legal, que no es otro que el de establecer las bases de la legislación de empleo público, se completa con la encomienda al Estado y a las comunidades autónomas de la integración del régimen jurídico del personal directivo a fin de completar las determinaciones básicas, lo que puede llegar a resultar cierto en el caso del Estado, ya que teóricamente se admite que la ley que formalmente establezca las bases concrete las posibles habilitaciones reglamentarias que actúen como un complemento básico indispensable, pero que resulta mucho más difícil trasladar a los reglamentos de las comunidades autónomas que pudieran llegar a ordenar la materia.

Pero no se trata solo de uniformidad, se trata también de procurar una ordenación coherente de una “figura” que no se define aunque se considera ajena a los esquemas típicos del empleo público, es decir, de una “figura” atípica del empleo público. Al respecto el Tribunal advierte con referencia al artículo 13 del TREBEP lo siguiente: “Ni se debe pasar por alto que este artículo no lo define en realidad porque su apartado 1, después de decir que personal directivo es el que dirige, se viene a remitir a las normas específicas de cada Administración. Y tampoco se ha de ignorar que el Estatuto Básico no trata de la duración del ejercicio de sus funciones, ni de las causas por las que cesará. Falta, además, en él toda referencia a sus condiciones de empleo, derechos y deberes fuera de someterle a evaluación con arreglo a criterios de eficacia”.

Es más, las habilitaciones legislativas a las entidades locales para regular el régimen jurídico del personal directivo se entiende que constituyen atribuciones concretas y muy específicas, que precisamente lo que subrayan es la carencia de una competencia plena para completar el régimen jurídico del personal directivo ya que, si la tuvieran, dichos apoderamientos resultarían innecesarios.

Un aspecto que parece ciertamente discutible si se tiene en cuenta lo siguiente:

a) Los artículos 32 bis y 130.3 de la LRBRL determinan que el nombramiento del personal directivo deberá efectuarse entre funcionarios de carrera, salvo que el reglamento orgánico permita que su titular no reúna dicha condición de funcionario de carrera en atención a las características específicas de las funciones. Es decir, en el ordenamiento jurídico sectorial local los criterios para determinar la condición del personal directivo se han establecido por ley: con carácter general tendrán la condición de funcionarios de carrera salvo que, en atención a las características específicas de la función por desarrollar, el reglamento orgánico local –no el del Gobierno o el de los órganos de gobierno de las comunidades autónomas– permita otra cosa.

b) En el régimen local el personal directivo se define en la disposición decimoquinta de la LRBRL: “tendrán la consideración de personal directivo los titulares de órganos que ejerzan funciones de gestión o ejecución de carácter superior, ajustándose a las directrices generales fijadas por el órgano de gobierno de la corporación, adoptando al efecto las decisiones oportunas y disponiendo para ello de un margen de autonomía, dentro de las directrices generales”. Sobre la base de esa definición, tal como se dice en el artículo 13 del TREBEP, las normas específicas de cada Administración pública identificarán los órganos con funciones directivas.

c) No se entiende muy bien por qué se ha de regular una particular duración del ejercicio de las funciones directivas, es decir, la existencia de períodos de desempeño de los puestos directivos temporalmente limitados; ello presupone la asunción de un arquetipo en el cual las funciones directivas tienen un particular período de desempeño, que viene a coincidir o no con el de los mandatos representativos, aunque sea bueno que no coincidan.

d) Parece lógico relacionar las causas del cese en una determinada función con las de su nombramiento. Por lo tanto, si el personal directivo ha de ser nombrado de conformidad con el principio de igualdad, mérito e idoneidad, es decir, si el procedimiento de cobertura de la titularidad del puesto directivo ha obedecido a un sistema mínimamente reglado y objetivado, el cese deberá estar también reglado y objetivado, de manera que no pueda ser arbitrario y se produzca por causas tasadas que respondan a criterios vinculados a la idoneidad y al desempeño del puesto directivo.

e) La regla de los artículos 13 y 37.2.c) del TREBEP, que excluye de la obligación de negociar la determinación de las condiciones de trabajo del personal directivo, aboca a su concreción a través de una decisión unilateral de la Administración, que deberá ser objeto de aceptación por la persona titular de la correspondiente posición directiva.

f) Dada la natural supletoriedad del régimen jurídico general del empleo público, la cobertura de los posibles espacios que la legislación del régimen específico del directivo público profesional deje sin cubrir podría hacerse, con toda naturalidad, con las previsiones establecidas en el Estatuto Básico del Empleado Público y en la legislación de empleo público de la correspondiente comunidad autónoma.

Finalmente, se advierte de que la autonomía garantizada constitucionalmente y las potestades reglamentaria y de autoorganización no resultan por sí solas suficientes para ejercer cualquier competencia regulatoria, sobre todo si dicha competencia está atribuida a otra autoridad como sucede en el caso del artículo 13 del TREBEP, que atribuye su desarrollo al Gobierno y a los órganos de gobierno de las comunidades autónomas.

Dicho de otra manera, los razonamientos del Tribunal Supremo parecen llevarnos a tres conclusiones:

a) La legislación básica del Estado en materia de empleo público sobre el régimen jurídico del personal directivo establecida en el artículo 13 del TREBEP resulta insuficiente, y ha de ser necesariamente completada a través de la habilitación reglamentaria prevista en favor del Gobierno del Estado y de los órganos de gobierno de las comunidades autónomas, lo que significa presuponer que el Estado no ha agotado su competencia sobre esta particular materia, competencia que parece presentarse en un régimen de concurrencia o alteridad con la de los ejecutivos de las comunidades autónomas, un aspecto, por cierto, que no se acaba de concretar.

b) Se ha renunciado a una interpretación armónica e integrada de los diferentes regímenes generales, sectoriales y específicos en presencia, lo que en la práctica hubiera permitido construir un modelo más acabado, aunque provisional, del régimen jurídico del personal directivo que permitiera el válido ejercicio de la competencia local.

c) La primacía atribuida al reglamento estatal y autonómico para la regulación del régimen jurídico del personal directivo posterga o mejor dicho vacía de contenido efectivo todas las normas sectoriales del régimen local que organizan los sistemas de dirección pública profesional, hasta el punto de que una legislación desplaza a otra y no permite que tenga efectos, sin que se sepa muy bien por qué el aspecto subjetivo de la figura directiva debe primar sobre el aspecto orgánico.

d) La decisión de priorizar el reglamento gubernativo sobre el local “congela” la potestad normativa local en esta materia, ya que la misma no puede ejercerse válidamente sin la existencia de un reglamento estatal y/o autonómico que la pueda enmarcar válidamente.

4.3

El voto minoritario de la Sala y lo que hubiera sido la aceptación del recurso de casación presentado por la Diputación Provincial de Cáceres

De entrada conviene hacer notar que dicho voto particular se redacta por dos magistrados de los cinco integrantes de la Sala, entre los que se cuenta su presidente, y resulta ser una enmienda a la totalidad de la argumentación del voto mayoritario y del sentido de su fallo, ya que se entiende que la sentencia debería haber estimado la competencia de la Diputación para regular el personal directivo en su reglamento orgánico, sin perjuicio de que se pasara a examinar el contenido de dicha regulación, hasta dónde debe alcanzar y cuáles son sus límites.

La crítica a la argumentación de la posición mayoritaria se centra en tres grandes ejes que, nos apresuramos a decir, compartimos plenamente.

En primer lugar, se advierte de que, con carácter general, lo que se está planteando en el recurso es un problema de conexión entre diversos sistemas de fuentes y poderes normativos –estatal, autonómico y local– que no puede resolverse en beneficio de unos y en perjuicio de otros, señalándose que en el orden constitucional de distribución de competencias la regulación de la figura directiva se desarrolla en tres ámbitos que se corresponden con la legislación básica del Estado, la legislación de desarrollo de la comunidad autónoma y la normativa de las entidades locales.

En concreto, se previene que la resolución de la controversia planteada se cimienta en la interpretación y aplicación del artículo 13 del TREBEP, pero debe basarse también en la consideración del artículo 32 bis de la LRBRL, cuya lectura lleva a una rápida conclusión: las diputaciones pueden incluir en el correspondiente reglamento orgánico al personal directivo con habilitación expresa de este precepto legal, siempre, como es natural, respetando los contornos que marcan las leyes, LRBRL y TREBEP, y, con carácter general, las materias reservadas a la ley y reguladas por la ley.

No haberlo hecho así, y esta es la segunda cuestión eje básico de la argumentación del voto, ha significado prescindir del criterio de interpretación sistemático y lógico del entero marco normativo en que se inserta la dirección pública profesional, en toda su extensión y complejidad, lo que ha supuesto reducir toda la cuestión a un solo precepto, el artículo 13 del TREBEP, desdeñando a los demás, lo que conduce a una subordinación de la regulación de la LRBRL que queda marginada o postergada por el citado TREBEP. A partir de ahí, cuanto se dispone sobre el personal directivo en las normas de régimen local no resulta de aplicación ni produce efecto alguno, en definitiva, deviene

ineficaz y superfluo a los efectos de habilitar a la entidad local para regular su personal directivo, lo que queda demorado y pospuesto a resultas del desarrollo del artículo 13 del TREBEP.

De aquí se llega al tercer pivote del razonamiento, donde se advierte de que el voto mayoritario no respeta o desconoce la posición ordinal que tiene la LRBRL en todo lo relativo al régimen local, lo que debería suponer una priorización de la regulación que la misma contiene sobre la dirección pública profesional, normación contenida en los artículos 32 bis y 85 bis y la disposición adicional decimoquinta de la LRBRL, donde se disponen una serie de elementos propios de este particular régimen específico de personal. De la misma manera, se entiende que el voto mayoritario desconoce la autonomía local, lo que debería suponer el reconocimiento de un ámbito competencial propio particularmente en el ámbito de la autoorganización de los entes locales, para definir sus estructuras administrativas y sus sistemas institucionales de gobierno y dirección internos.

Todo ello sin perjuicio de una particular anotación que para nosotros cobra todo su interés cuando se afirma que la norma local impugnada, es decir, el reglamento orgánico provincial en lo relativo al personal directivo, pudiera ser impecable en el momento de su aprobación, pero necesitado de adaptación a la norma legal o reglamentaria posterior en el momento de su producción, que prevalecerá forzosamente en lo que resulte contradictorio con el reglamento local.

4.4

La sentencia petrifica la competencia local en materia de dirección pública y cuestiona los sistemas previstos en los reglamentos locales. Necesidad de una solución transitoria y provisional

Como ya se ha tenido ocasión de exponer, la prioridad dada a las normas de empleo público sobre las normas sectoriales de régimen local impide el ejercicio de la competencia de los municipios y las provincias sobre la organización de su propio sistema institucional, que queda demorado a resultas de lo que puedan disponer los ejecutivos del Estado y de las comunidades autónomas sobre el régimen jurídico específico de personal de los titulares de los órganos directivos.

De esta manera se produce una prelación temporal necesaria entre el reglamento gubernativo y el local, de manera que aquel resulta ser una condición necesaria para la válida existencia de este. Pero lo cierto es que este resulta ser un problema originario de la relación existente entre diferentes or-

denamios jurídicos propios de distintos poderes territoriales. El problema se ha planteado en la mayoría de los sistemas de autonomías territoriales en torno al despliegue de la legislación de desarrollo sin la previa existencia de unas bases formalizadas como tales, y en todos ellos parece haberse llegado a la misma solución final.

En principio, parece que la posibilidad de que las regiones y las comunidades autónomas dicten normas de desarrollo de las leyes básicas establecidas por el Estado presupone que dichas leyes han de ser dictadas. En su ausencia, la posibilidad de ejercer la propia competencia queda burlada por el retraso del legislador estatal en establecer las bases. De ahí que se haya admitido que, en defecto de dichas bases, pueda la región o la comunidad autónoma deducir los principios fundamentales de la ordenación de una materia de las leyes vigentes en cada momento y utilizar en consecuencia sus potestades normativas, si bien, en cuanto el Estado haya establecido los principios básicos, las disposiciones regionales o autonómicas que las contradigan deberán inaplicarse y adaptarse a los mismos en el más breve plazo posible.

En nuestro país, desde la STC 40/1981, de 28 de julio, sabemos que la noción de bases o de normas básicas ha de ser entendida como noción material y en consecuencia esos principios o criterios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente, por lo que las comunidades autónomas no están obligadas a esperar que se dicte una específica legislación básica para ejercer sus propias competencias de desarrollo legislativo. Obviamente ese desplazamiento temporal en el orden de ejercicio de las competencias no es definitivo: una norma básica posterior que contuviera disposiciones que entraran en contradicción con una norma de desarrollo se impondría a esta, y provocaría automáticamente un efecto asimilable al de una derogación implícita, lo que supondría para todos los actores jurídicos un deber de inaplicación de las normas que no pudieran armonizarse con las bases estatales.

El criterio expuesto actúa como una garantía de la autonomía reconocida y facilita el ejercicio de la propia competencia que, no lo olvidemos, incorporan las leyes del propio Estado. Un planteamiento que sin duda puede ser aplicado al caso que nos ocupa dada la equiparación de supuestos.

Si se entiende que la función última del artículo 13 del TREBEP, que encarga al Gobierno del Estado y a los órganos de gobierno de las comunidades autónomas la correspondiente competencia normativa, es la de dotar a la regulación del personal directivo de las administraciones públicas –también de las corporaciones locales– de la suficiente homogeneidad a través del enunciado de unos parámetros comunes, dichos elementos caracterizadores pueden deducirse de la legislación vigente hasta que se enuncien de una for-

ma concreta y precisa por los correspondientes ejecutivos, asumiendo que la interpretación hecha de lo que pueda ser esencial en la formulación del régimen jurídico específico de dicho personal directivo es transitoria y provisional y deberá ser objeto de adaptación, si es el caso, después de su oportuna expresión por quien tiene la competencia para ello.

De hecho, no falta algún pronunciamiento en nuestra jurisprudencia que apuesta claramente por esta tesis. Así, en la argumentación de la STSJ de las Islas Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, de 28 de julio de 2011, rec. 321/2010, se nos dirá: “De modo que aunque tenga que ser el poder estatal o autonómico el que, en desarrollo de la norma básica, defina el régimen jurídico del personal directivo local, ello no impide la actuación previa del poder normativo local en orden a configurar el régimen jurídico específico municipal, aunque claro está, con las lógicas limitaciones derivadas de la legislación básica de régimen local, y, obviamente, sin perjuicio de las modificaciones que en tales textos reglamentarios fuese preciso introducir para su perfecta adaptación a las prescripciones que estableciesen las normas de desarrollo”.

La importancia de esta tesis reside en que, dado un entorno político favorable en el que la cuestión directiva no sea objeto de contienda partidista, es posible, sin necesidad de una previa intervención exterior, que nuestras corporaciones locales puedan proceder a readaptar sus propias reglamentaciones a los enunciados que sobre el régimen jurídico del personal directivo se pudieran deducir racionalmente de las disposiciones vigentes, advirtiendo, eso sí, en sus regulaciones propias de que dicho régimen se considera provisional y transitorio a la espera de la norma del Estado o de la comunidad autónoma que pudiera afectar la reglamentación dispuesta modificando su sentido o su resultado, lo que provocaría un deber de adaptación en aquellos casos en que las disposiciones del reglamento ejecutivo y del reglamento local resultaran antinómicas, de manera que no pudiera aplicarse una sin contradecir abiertamente la otra.

Necesitamos ser claros en este aspecto. A nuestro juicio el efecto último que debería deducirse, hoy por hoy, de la argumentación jurídica contenida en la sentencia del Tribunal Supremo residiría en lo siguiente:

a) Las corporaciones locales deberían disponer el régimen jurídico específico de los titulares de sus órganos directivos teniendo en cuenta los principios generales de ordenación que pudieran deducirse de la legislación vigente del Estado y de las comunidades autónomas.

b) Los reglamentos locales que regulen las instituciones orgánicas habrían de considerar el régimen de personal que se pudiera disponer en ellos como normas provisionales y transitorias, que se entienden automáticamente inaplicables en el momento en que se produzca una regulación general del

régimen jurídico específico del personal directivo que pudiera llegar a afectarlas por una evidente y manifiesta incompatibilidad entre sus contenidos regulativos, salvo que se procure una interpretación armónica que salvaguarde la relación lógica entre ambas normas permitiendo una aplicación simultánea de las mismas.

5

Competencia, norma y regulación del personal directivo profesional de las entidades locales

Nada nos dicen el TREBEP y la propia sentencia del Tribunal Supremo sobre la competencia para regular el régimen jurídico del personal directivo. A primera vista parece que para el desarrollo reglamentario de dicho régimen correspondería al Estado la competencia para regular el régimen jurídico de su personal directivo, y a las comunidades autónomas se les atribuiría la competencia para regular la dirección pública profesional de las instituciones propias de su territorio, incluidas las correspondientes a la estructura de su organización territorial básica.

Las posiciones más sensatas abogan por la afirmación de la competencia autonómica en esta materia, más aún después de que el Estado haya establecido a través del artículo 13 del TREBEP las normas o los principios básicos que han de conformar el régimen jurídico del personal directivo.

Con todo, no faltan voces que aceptando como premisa previa que la materia directiva, en cuanto tal, no ha sido objeto de un reparto competencial entre el Estado y las comunidades autónomas, ni desde la Constitución ni desde los estatutos de autonomía, quizá con la única excepción del artículo 150.a) del Estatuto de Autonomía de Cataluña, donde se dice que corresponde a la Generalidad, en materia de organización de su Administración, la competencia exclusiva sobre la regulación de los órganos y los directivos públicos, sugieren una posible “recuperación” de la competencia básica del Estado para definir un estatuto directivo más acabado utilizando al efecto el título del artículo 149.7 de la CE, referido a la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación laboral, y el del artículo 149.18 de la CE, relativo a las bases del régimen estatutario de los funcionarios, lo que, en línea de continuidad con el artículo 13 del TREBEP, permitiría al reglamento estatal un desarrollo básico de cinco de los elementos del régimen jurídico de la dirección pública profesional como pueden ser las funciones, la selección, la evaluación, las condiciones de empleo y el régimen de incompatibilidades, este último aspecto atraído desde la disposición final tercera del EBEP.

Desde la perspectiva del régimen local hay que tener en cuenta la STC 103/2013, de 25 de abril, sobre la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, donde se señala que la competencia estatal para el diseño básico de la organización local permite determinar un elenco que no ha de considerarse cerrado de órganos directivos, y los requisitos específicos de las personas que han de ser titulares de los mismos, en aras de garantizar la imparcialidad y la objetividad en el ejercicio de las funciones que se encomienden a dichos órganos directivos, subrayando que la regulación de las funciones directivas responde a objetivos de interés general que justifican su regulación con carácter común para todos los municipios, sin que ello haya de suponer eliminar la competencia de desarrollo de las comunidades autónomas que podrían completar la determinación de dichos órganos directivos, dentro de su capacidad para regular la organización complementaria de los entes locales.

En el mismo pronunciamiento se atribuye al Estado la competencia para reservar al reglamento orgánico la definición de determinados elementos de la organización municipal que se consideran esenciales para garantizar la eficacia de la Administración local, lo que no presupone que la eliminación de la competencia normativa de las comunidades autónomas para dicha habilitación en favor del reglamento orgánico deba realizarse en el marco de lo establecido por la legislación autonómica de desarrollo.

De lo que llevamos dicho hasta el momento podemos extraer las conclusiones siguientes:

a) La competencia para regular el régimen jurídico del personal directivo después de la legislación contenida en el TREBEP y en la LRBRL, corresponde primariamente a las comunidades autónomas.

b) Resulta posible una intervención mínima, puntual y transitoria del Estado por razones de interés público tendente a garantizar la correcta articulación de la cadena normativa entre los tres poderes implicados en la regulación de la materia directiva –Estado, comunidades autónomas y entidades locales– que no suplantara la competencia de las comunidades autónomas y asegurara la competencia local.

Más allá de esta cuestión, aunque resulta perfectamente posible que el Estado y las comunidades autónomas ordenen su intervención a través de disposiciones reglamentarias, nada puede impedir que regulen la materia las leyes de función pública, de gobierno local u otras especiales. La remisión a las normas reglamentarias de desarrollo debe leerse como una mera habilitación para dictarlas pero no como una pretensión de impedir a la ley la regulación de dicha cuestión, ya que en nuestro ordenamiento no existe una reserva de reglamento, y una ley del Estado no puede imponer a una

comunidad autónoma un particular vehículo normativo para desarrollar las competencias que se le reconozcan como propias.

En todo caso, si se quiere abordar esta cuestión a través de una ley no estará de más advertir sobre su posible inclusión en una ley de presupuestos, dada la existencia de una doctrina ya consolidada, donde se señala que el contenido de las normas financieras está constitucionalmente determinado a partir de su función como norma que ordena el gasto público de conformidad con el artículo 134 de la CE.

Esta doctrina, que se puede ver en su última versión en la STC 122/2018, de 31 de octubre, concluye de la forma siguiente:

a) El punto de partida es que las leyes de presupuestos están reservadas a un contenido que les es propio. Dicho contenido esencial está integrado por la provisión de ingresos y la habilitación de gastos, así como por las normas que directamente desarrollan o aclaran las partidas presupuestarias en que se concreta el gasto público, esto es, el presupuesto en sí.

b) Adicionalmente, cabe la posibilidad de que las leyes de presupuestos alberguen otras disposiciones no estrictamente presupuestarias, denominadas contenido eventual o no imprescindible, lo que encuentra su justificación en la conexión de la materia con el contenido propio de las leyes presupuestarias o con los criterios de política económica general del Gobierno, vinculación que ha de ser inmediata y directa, lo que significa que no pueden incluirse en las leyes de presupuestos normas cuya incidencia en la ordenación del programa anual de ingresos y gastos sea solo accidental y secundaria.

c) En concreto, en relación con medidas relacionadas con el personal del sector público, en general se ha descartado que puedan tener cabida en una ley de presupuestos algunas normas que integran el régimen jurídico de la función pública, por ejemplo, en materia de acceso (STC 174/1998, de 23 de junio), provisión de puestos de trabajo (STC 203/1998, de 15 de octubre), pase a la situación de segunda actividad (STC 234/1999, de 16 de diciembre) o requisitos de titulación necesarios para acceder a determinados cuerpos de funcionarios (STC 9/2013, de 28 de enero).

Por tanto, no parece que resulte aconsejable trasladar a las leyes de presupuestos del Estado o de las comunidades autónomas la regulación de una materia orgánica y de personal que no tiene efectos sobre el gasto público o sobre la política económica del Gobierno, sin perjuicio de su posible inclusión en una ley de acompañamiento o en una norma con rango de ley sobre administración local o empleo con la que se guarde algún tipo de identificación material.

6

La posible regulación del régimen jurídico del personal directivo profesional: norma de habilitación o norma sustantiva

6.1

Planteamiento

Dada la concurrencia de títulos y de competencias en la materia directiva, lo más adecuado resulta ser que despejemos desde el principio una serie de incógnitas. En línea con lo que hemos planteado más arriba, resultaría conveniente que la regulación de esta cuestión específica se haga desde el ámbito sectorial local, sin interferir sobre un régimen general que pudiera acabar afectando a la regulación general del sistema de dirección pública estatal o autonómico.

Desde esta perspectiva parece lo más aconsejable introducir una disposición transitoria en la LRBRL o en el texto de la correspondiente ley municipal o de gobierno local de la comunidad autónoma, todo ello sin perjuicio de que pudiera recurrirse a una norma del Gobierno del Estado o de los órganos de gobierno de las comunidades autónomas que tuviera la misma funcionalidad.

De la misma manera resulta obvio que este tipo de regulación puede fundarse en una norma de habilitación, de carácter puntual y concreto, para cubrir una situación de vacío normativa que podría ser adoptada por el Estado o la comunidad autónoma o en una regulación más sustancial de la materia que, siempre a nuestro entender, solo debería ser adoptada por la comunidad autónoma para las entidades locales de su propio territorio, por ser lo más coherente con el modelo de distribución de competencias propio del Estado de las autonomías.

También resulta fundamental concretar el ámbito subjetivo de la norma en cuestión. En principio, si la intervención ha de ser estatal, puede resultar pertinente referirse única y exclusivamente a las entidades para las cuales la propia LRBRL ya ha previsto una estructura directiva, es decir, las diputaciones, los cabildos y consejos insulares y los municipios de gran población. Con ello se salvaguarda el poder de decisión de las comunidades autónomas sobre el ámbito de extensión de las estructuras directivas en los ayuntamientos de régimen común, que aún no ha sido definido por una ley estatal o autonómica. En cambio, si la intervención se ha de vehicular a través de una norma autonómica, quizá lo más sensato sea autorizar a las entidades locales cuya población sea igual o superior a 40 000 habitantes y a las entidades supramunicipales que igualaran o superaran dicho umbral de

población, a definir sus puestos directivos y concretar su régimen jurídico, tal como se hace en el artículo 36.5 de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi (en adelante, LILE).

6.2

Esquema de una posible norma de habilitación

Cualquier norma de habilitación, o si se quiere de remisión normativa para la regulación de una materia, presupone un límite cierto y una serie de criterios que se han de seguir para regular la materia, en el bien entendido de que nos encontramos en el territorio de lo que no deja de ser una normación institucional que cabe dentro de la potestad de organización que resulta inherente al principio de autonomía local, lo que presupone la existencia de un margen propio en el que se puede ceder un poder de regulación que sirva a la configuración de un sistema de gobierno y unas estructuras internas con un cierto grado de flexibilidad.

En principio se trata de reconocer la capacidad del reglamento local para regular el régimen jurídico de los titulares de sus órganos directivos.

Dicho reconocimiento debería acompañarse del cumplimiento de las condiciones siguientes:

a) Se ha de considerar transitorio y provisional, en espera de la ley o del reglamento estatal o autonómico que pudiera regular la materia, lo que presupone el respeto a la competencia ajena y obliga a prever un mandato de adaptación a la norma sobrevenida.

b) La regulación que se pretenda no podrá contradecir los preceptos de las leyes y los reglamentos estatales y autonómicos que ordenan la materia, regulación que deberá completar sobre la base de los principios generales que se pudieran llegar a deducir de los mismos.

c) La remisión que se haga al reglamento local deberá tener unas determinadas características como pueden ser la de ser expresa, concreta y específica, y contener directrices finalistas que condicionen la regulación que pueda realizarse de manera que se pueda llegar a mantener una cierta uniformidad y coherencia interna.

En esta dirección se propone la redacción siguiente:

1. Con carácter provisional y transitorio las entidades locales previstas en el artículo 32 bis y en el 121 de la LRBRL, podrán regular el régimen jurídico específico de los titulares de sus puestos directivos a través del correspondiente reglamento orgánico.

2. La regulación que se establezca podrá extenderse a los titulares de los puestos directivos propios de sus estructuras internas y a los de la

máxima responsabilidad que se determinen en los respectivos estatutos de las entidades que conforman su sector público.

3. El régimen jurídico de los titulares de los puestos directivos que pudiera establecerse por el correspondiente reglamento orgánico deberá garantizar los principios de profesionalidad, igualdad, mérito, idoneidad, publicidad y concurrencia, y responsabilidad por la propia gestión.

4. El régimen jurídico específico que se contenga en el correspondiente reglamento orgánico deberá ordenar y completar la regulación prevista en la legislación vigente sobre personal directivo profesional.

5. Las disposiciones contenidas en la legislación básica de empleo público y en la de la comunidad autónoma sobre empleo público local tendrán carácter supletorio respecto a todos los aspectos del régimen jurídico del personal directivo a los que no se refiera el correspondiente reglamento orgánico.

6. Los preceptos de los correspondientes reglamentos locales que incorporen el régimen jurídico de los titulares de los puestos directivos, que contradigan la regulación general que en su momento pudiera establecerse por las leyes o los reglamentos del Estado o de las comunidades autónomas, devendrán automáticamente inaplicables en el momento de la entrada en vigor de dichas leyes y reglamentos. En este caso solo podrán continuar vigentes las reglas que resulten compatibles o permitan una interpretación armónica con las nuevas normas establecidas, mientras no se produzca una adaptación expresa de la correspondiente reglamentación local.

6.3

Esquema de una norma sustantiva

El diseño de una norma sustantiva en materia de dirección pública, que a nuestro entender debería ser introducida solo por las leyes o los reglamentos de las correspondientes comunidades autónomas, plantea directamente el problema de su contenido, un contenido que necesariamente habrá de entrecruzar aspectos orgánicos o de personal, y que se puede llegar a definir teóricamente o a deducir de las regulaciones que sobre esta materia han llevado a cabo las leyes de empleo público o de gobierno local que han podido ocuparse de la misma.

Se trata de una operación que abordaremos a continuación, entendiendo que, dada la urgencia y la celeridad con que se debe tratar la cuestión directiva, no se pretende elaborar un texto completo, acabado y reflexivo, sino

una norma de mínimos que permita mantener los sistemas directivos preexistentes y estructurar otros que se consideren posibles. Veamos ahora en qué consiste ese régimen jurídico si pretendemos desprenderlo de la doctrina que se ha ocupado hasta el momento de las funciones directivas, construcción que podemos articular en torno a los elementos siguientes:

a) El primer aspecto a regular va a ser el ámbito previsto, que debería incorporar a las diputaciones, los cabildos, los consejos insulares y otras instituciones supramunicipales que pudieran resultar equivalentes, como podrían ser las áreas metropolitanas o las comarcas. También deberían incluirse los municipios de gran población y los que superaran un determinado umbral que hemos cifrado en un número igual o superior a 40 000 habitantes.

b) El segundo aspecto a determinar sería la vertiente orgánica de la cuestión, es decir, qué se entiende por funciones directivas y qué tipo de órganos o puestos se consideran directivos.

c) A renglón seguido convendría concretar el instrumento de gestión que va a utilizarse para ordenar los puestos directivos, en el cual se va a establecer una parte de las condiciones de empleo de dicho personal que no han de ser objeto de negociación colectiva. En definitiva se trataría de prever una relación de puestos directivos con una funcionalidad similar pero no idéntica a las relaciones de puestos de trabajo.

d) En cuarto lugar, las normas que regulan el personal directivo deberán establecer también los requisitos de acceso a los puestos reservados a dicho personal, determinando las circunstancias específicas que permitan la contratación de aquellas personas que no reúnan la condición de funcionario público.

e) En quinto lugar debería considerarse todo lo que atañe a los procedimientos de designación, condiciones de continuidad, y cese en el ejercicio de las funciones directivas.

f) El siguiente punto a abordar sería la situación en la que pudiera quedar el personal que accede al desempeño de funciones directivas con respecto a su puesto de origen.

g) También, habría que referirse a los sistemas y técnicas que resultan precisas para evaluar la gestión del personal directivo y exigir responsabilidades por sus resultados.

h) Finalmente, el régimen jurídico del personal directivo debería completarse con un sistema de incompatibilidades y de conflictos de intereses.

Si atendemos a la regulación dispuesta por la legislación de empleo público y de gobierno local de las comunidades autónomas con proyección sobre las entidades locales podemos alcanzar el resultado siguiente:

a) Como ya se ha dicho, solo el artículo 36.5 de la LILE limita el ámbito de creación de posibles puestos directivos públicos a las entidades locales cuya población supere los 40 000 habitantes.

b) La legislación de las comunidades autónomas define los puestos tipo con contenido directivo y las funciones de los directivos públicos profesionales propias de dichos puestos, tal como se hace en el artículo 13 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha (en adelante, LEPC-LM), en el artículo 20 de la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura (en adelante, LFPE), en el artículo 33.2 de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia (en adelante, LEPC), y en los artículos 36.5 y 38 de la LILE.

c) La mayoría de las regulaciones vigentes reenvían la determinación de los puestos que hayan de ser desempeñados por personal directivo a las relaciones de puestos de trabajo que no han de ser objeto de negociación colectiva (artículos 13.2 y 21.4 de la LEPC-LM), a relaciones de puestos de trabajo directivos (artículo 21 de la LFPE) o a instrumentos de ordenación diferenciados de la relación de puestos de trabajo (artículo 36.3 de la LILE).

d) Algunas regulaciones disponen que para ser designado personal directivo profesional será necesario tener la condición de funcionario de carrera del grupo A, aunque se admite que si una Administración no dispone de personal funcionario con la competencia necesaria para el desempeño de funciones directivas pueden ser designadas otras personas que no acrediten esta condición (artículo 14 de la LEPC-LM); otras, en la misma línea, determinan que los puestos de trabajo del personal directivo serán desempeñados por funcionarios del grupo A1, con admisión de los subgrupos A1 y A2, y de una forma más vaga previenen de que cuando la naturaleza del puesto lo permita el régimen jurídico de su titular podrá ser laboral (artículo 21 de la LFPE); en otros casos la regulación se limita a afirmar que los puestos directivos de las entidades locales podrán ser cubiertos por personal que tenga la condición de empleado público, funcionario de carrera o laboral, señalando también que, excepcionalmente, en las entidades públicas instrumentales los puestos directivos se podrán proveer, mediante acuerdo motivado y atendiendo a las funciones a desempeñar, por personas que no tengan la condición de empleado público (artículo 33 de la LEPC).

e) La designación del personal directivo se articula en las leyes de las comunidades autónomas sobre la base de un sistema dual. En el primero de los tipos planteados se advierte de que la designación del personal directivo será discrecional, atendiendo a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos objetivos que garanticen la publicidad y concurrencia, con lo que se acerca el modelo a un pro-

cedimiento de provisión de puestos directivos por libre designación (artículos 14.2 de la LEPC-CLM, 22 de la LFPE y 34.3 de la LEPG). En la segunda de las opciones planteadas el procedimiento de designación del personal directivo se construye sobre un sistema de acreditación de competencias profesionales y experiencias de los diferentes candidatos, y un posterior acto discrecional que solo puede desplegarse sobre aquellas personas que hayan acreditado poseer el mínimo de competencias requerido para el correcto desempeño del puesto de trabajo (artículo 40 de la LILE). Las condiciones de continuidad en el ejercicio de las funciones directivas solo tienen una referencia indirecta en el artículo 35 de la LEPG, donde se dice que el resultado de la evaluación del desempeño de sus funciones que se realice determinará la continuidad en el puesto que se desempeñe, y otra más directa en el artículo 40.11 de la LILE, en el cual se señala que el nombramiento como personal directivo profesional conlleva la continuidad en el puesto de trabajo siempre que los resultados sean satisfactorios, con lo que dicha continuidad supone la permanencia del directivo público profesional en su cargo hasta el 31 de diciembre del año en que se celebren las siguientes elecciones municipales. En cuanto al cese, la regulación autonómica advierte de que el cese del personal directivo se producirá, además de por las causas previstas en el régimen aplicable al personal funcionario, por decisión discrecional del órgano competente para su designación, o por una evaluación negativa de su gestión (artículos 14.4 de la LEPC-LM y 22.5 de la LFPE), causas que alguna otra legislación extiende a la pérdida de confianza o a graves y continuadas dificultades de integración en el equipo directivo, apreciadas por el órgano superior jerárquico de aquel del cual la persona directiva dependa directamente (artículo 34.6 de la LEPG).

f) La situación del personal que accede a las funciones directivas se aborda de una manera sistemática en alguna de las regulaciones vistas, disponiendo que el personal funcionario de carrera que pase a desempeñar un puesto de trabajo directivo será declarado en situación administrativa de servicios especiales, mientras que el personal laboral fijo será declarado en la situación que le corresponda, respecto a su puesto y entidad de origen, de conformidad con la legislación laboral, y habida cuenta a estos efectos de su condición de cargo público (disposición transitoria decimosegunda de la LILE); otras normas disponen que cuando el personal directivo sea personal funcionario de carrera de la misma Administración permanecerá en la situación de servicio activo, mientras que si es personal funcionario de carrera de una Administración distinta pasará a la situación administrativa que corresponda de acuerdo con la legislación aplicable, criterio que se extiende al personal laboral fijo de cualquier Administración pública, que pasará a la situación que corresponda con arreglo a la legislación laboral (artículo 15.3 de la LEPC-LM); en cam-

bio, alguna otra legislación se limita a afirmar que cuando el personal directivo sea personal funcionario de carrera de la Administración de la comunidad pasará a la situación administrativa de servicios especiales, mientras que si es funcionario de carrera de otra Administración pública o personal laboral pasará a la situación administrativa que le corresponda de acuerdo con la legislación aplicable (artículo 23.2 de la LEPE).

g) Respecto a la responsabilidad por la propia gestión y la evaluación del desempeño, la mayoría de las normas autonómicas aplicables prevén que los titulares de los puestos directivos estarán sujetos a evaluación en relación con las metas y los objetivos que les hayan sido fijados en un acuerdo de gestión, una evaluación que podrá llevarse a cabo por la persona superior en la jerarquía, por el órgano de gobierno o gestión al que correspondan esas funciones, o por entidades o asesores externos (artículo 41 de la LILE; artículo 24 de la LEPE), recordándose por alguna otra legislación que dicha evaluación debe ser periódica y, como mínimo, anual (artículo 14.3 del LEPC-LM), mientras que alguna otra se detiene más en los efectos de dicha evaluación que se proyectan sobre la continuidad en la posición directiva, la progresión en la carrera directiva y, en su caso, la cuantía de la parte variable de la retribución del personal directivo (artículo 35 de la LEPG).

h) Las normas de las comunidades autónomas son relativamente parcas en sus referencias a las incompatibilidades del personal directivo, de manera que aquellas que las regulan optan por una simple llamada de atención advirtiendo de que el personal directivo estará sometido a la normativa de incompatibilidades (artículo 36 de la LEPG), o por el reenvío del régimen de incompatibilidades y conflictos de interés del personal al que resulte de aplicación a los cargos públicos de la correspondiente comunidad autónoma (artículo 39.3 de la LILE).

A la vista de lo que se ha dicho hasta el momento, teniendo en cuenta los preceptos de régimen local y de empleo público que regulan el desempeño de funciones directivas, se puede pasar a dibujar una propuesta basada en un esquema simple del desempeño de funciones directivas en las entidades locales que tenga en cuenta los parámetros siguientes:

a) Lo que se construye es una solución de urgencia para la cobertura de vacíos normativos que tiene como presupuesto básico el desarrollo de los preceptos legales existentes y su articulación en un esquema coherente.

b) Solo en defecto de una norma básica del Estado en materia local, de empleo público o laboral, se acude al parámetro más general que pueda desprenderse de la legislación de empleo público de desarrollo sin introducir ningún criterio reflexivo o valorativo.

c) Aunque en buena técnica legislativa pueda ser discutible, se utiliza en algún momento dado un sistema de reenvíos a las normas estatales que regulan una materia, cuando dichos preceptos son en sí mismos directamente aplicables y no necesitan de otros complementos.

En esta dirección se propone la siguiente redacción:

1. *Con carácter provisional y transitorio, las entidades locales territoriales con una población igual o superior a los 40 000 habitantes, las islas, las comarcas u otras entidades instituidas por las comunidades autónomas y las mancomunidades podrán regular el régimen jurídico específico de los titulares de sus puestos directivos a través del correspondiente reglamento orgánico.*
2. *La regulación que se establezca podrá extenderse a los titulares de los puestos directivos propios de sus estructuras internas y a los de la máxima responsabilidad que se determinen en los respectivos estatutos de las entidades que conforman su sector público.*
3. *Las entidades locales definirán los puestos directivos propios de su estructura interna y de las entidades de su sector público local, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación básica o autonómica que resulte de aplicación. La determinación de los puestos directivos de la estructura administrativa se llevará a cabo a través de una relación específica de puestos de trabajo u otro instrumento de ordenación del personal directivo, que no deberá ser objeto de negociación.*
4. *Tendrán la consideración de personal directivo profesional los titulares de los puestos definidos como directivos que ejerzan funciones de gestión o ejecución de carácter superior, ajustándose a las directrices generales fijadas por los órganos de gobierno, adoptando al efecto las decisiones oportunas y disponiendo para ello de un margen de autonomía, dentro de esas directrices generales.*
5. *El nombramiento de los titulares de los puestos directivos deberá efectuarse entre funcionarios de carrera del Estado, de las comunidades autónomas, de las entidades locales o con habilitación de carácter nacional que pertenezcan a cuerpos o escalas clasificados en el subgrupo A1, salvo que el correspondiente reglamento orgánico permita que en atención a las características específicas de las funciones a desempeñar en tales puestos directivos su titular no reúna dicha condición de funcionario.*
6. *La designación del personal directivo profesional será discrecional, atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos objetivos que garanticen la publicidad y la concurrencia y en los que se acredite la competencia*

profesional y la experiencia necesaria para su adecuado desempeño. El cese del personal directivo profesional se producirá, además de por las causas previstas en el régimen aplicable a los funcionarios de carrera, por una decisión motivada en la pérdida de la idoneidad necesaria para el ejercicio de las correspondientes funciones directivas o en una evaluación negativa de su gestión.

7. Los titulares de los puestos directivos estarán sujetos a evaluación con arreglo a criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por la gestión y control de resultados, todos ellos en relación con los objetivos que les hayan sido fijados. La evaluación de resultados que tendrá carácter periódico podrá llevarse a cabo directamente por el superior jerárquico del correspondiente ámbito o entidad o, por el órgano de gobierno o el órgano superior de la entidad al que le correspondan dichas funciones, con la ayuda, si se considera conveniente, de asesores externos.

8. El personal funcionario que sea designado para ocupar puestos de trabajo con funciones directivas será declarado en situación de servicios especiales. El personal laboral fijo que pase a desempeñar un puesto de trabajo directivo será declarado en la situación que le corresponda de conformidad con la legislación laboral habida cuenta de su consideración como cargo público a estos únicos efectos.

9. El régimen jurídico de incompatibilidades del personal directivo local será el establecido en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local.

10. Las entidades locales determinarán el régimen jurídico de los titulares de sus puestos directivos, de acuerdo con lo previsto en la legislación básica y en la de su comunidad autónoma, teniendo en cuenta que la legislación de empleo público del Estado y de la comunidad autónoma tendrá carácter supletorio en todos los aspectos del régimen jurídico del personal directivo no regulados en esta Ley [en esta norma reglamentaria].

11. Los preceptos de los reglamentos locales que incorporen el régimen jurídico de los titulares de los puestos directivos, que contradigan la regulación general que en su momento pudiera establecerse por las leyes o los reglamentos del Estado o de las comunidades autónomas, devendrán automáticamente inaplicables en el momento de la entrada en vigor de dichas leyes y reglamentos. En este caso solo podrán continuar vigentes las reglas que resulten compatibles o permitan una interpretación armónica con las nuevas reglas establecidas, mientras no se produzca una adaptación expresa de la correspondiente reglamentación local.

7

Conclusiones

Primera.— El establecimiento del régimen jurídico del personal directivo profesional exige asentar una serie de premisas previas que caractericen y perfilen la materia.

Segunda.— Las instituciones propias de la dirección pública profesional forman parte primariamente del régimen orgánico de las administraciones públicas. Lo que se determina son los órganos o, si se quiere, los puestos directivos, es decir, todo lo que concierne a su creación, modificación o supresión, su posición y dependencia orgánica, su competencia, su carácter necesario o complementario, el régimen jurídico de sus ocupantes y los requisitos necesarios para el desempeño de las funciones directivas.

Tercera.— Las personas titulares de los puestos directivos no constituyen una clase o subclase de empleados públicos. El personal que desempeña funciones directivas es personal funcionario o laboral al que aplicamos un régimen jurídico específico propio del desempeño de las funciones directivas profesionales. Por lo tanto, la materia objeto de regulación es la función directiva, pero no el personal directivo entendido como una clase o subclase de personal.

Cuarta.— El personal directivo ha de ostentar normalmente la condición de funcionario de carrera, solo excepcionalmente podrá ser personal laboral fijo de nuestras administraciones públicas y, aún de forma más excepcional, será personal externo procedente del sector privado contratado a través de una relación laboral especial de alta dirección.

Quinta.— El personal directivo profesional cuenta con una regulación legal propia en la legislación del régimen local, en la de empleo público y en una serie de leyes que regulan aspectos concretos de la materia.

Sexta.— La legislación de régimen local identifica y define las funciones directivas, establece su régimen de incompatibilidades y conflictos de intereses, los instrumentos de ordenación de este grupo específico de personal, los requisitos de designación y los criterios para determinar el régimen jurídico de los titulares de los órganos directivos, a la vez que regula la forma de designación y la manera de establecer la condición de los titulares de los máximos órganos de dirección de los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales y las sociedades del sector público local.

Séptima.— La legislación de empleo público reenvía la identificación concreta de los tipos, las estructuras y las funciones directivas a las normas específicas de cada Administración pública, señala el procedimiento de designación de los titulares de los órganos directivos, la responsabilidad por la

propia gestión, la manera de determinar sus condiciones de trabajo, la situación administrativa en la que puedan quedar las personas que desempeñen funciones directivas, y afirma el entero Estatuto Básico del Empleado Público como una norma supletoria de este régimen jurídico específico de los titulares de unos particulares puestos directivos.

Octava.— La legislación de régimen local, de empleo público y una serie de preceptos de la legislación de reforma laboral, particularizan la relación especial laboral de alta dirección como un instrumento específico para la prestación de funciones directivas en el sector público, regulando el número de posiciones directivas, sus retribuciones y su sistema de indemnizaciones.

Novena.— En los argumentos del voto mayoritario y del voto particular de la STS, Sala de lo Contencioso, de 17 de diciembre de 2019, rec. 2145/2017, se han presentado dos maneras distintas de entender y abordar la figura directiva, que conllevan determinados efectos sobre la competencia y el orden a seguir para su disposición.

Décima.— De los argumentos dados por el voto mayoritario se desprende que la cuestión directiva es esencialmente una cuestión sobre empleo público local. Por lo tanto, de lo que se trata es del régimen jurídico específico del personal directivo profesional dispuesto por el artículo 13 del TREBEP. Desde esta perspectiva, la competencia para desarrollar el esquema normativo de esta singular figura del empleo público corresponde exclusivamente al Gobierno del Estado y a los órganos de gobierno de las comunidades autónomas.

Undécima.— La razón de esta atribución competencial hay que encontrarla en la necesidad de dotar al régimen jurídico de la dirección pública profesional de una homogeneidad suficiente y una ordenación coherente y sistemática. Con lo que en cierta manera, parece que se quiere hacer jugar a la reglamentación propia de los ejecutivos sobre el personal directivo una función similar a la que desempeñan las normas básicas en nuestro sistema de autonomías territoriales. El reglamento del Estado o de la comunidad autónoma al que se refiere el artículo 13 del TREBET sería, salvando las distancias, una norma “materialmente” básica, dirigida, en su intención homogeneizadora, única y exclusivamente, a los poderes normativos locales.

Duodécima.— Desde esta posición, las referencias hechas a la dirección pública profesional por la legislación local se entenderían concretas y específicas habilitaciones incapaces de constituir a través de una interpretación armónica un régimen jurídico coherente que solo podría arbitrar el reglamento estatal y autonómico.

Decimotercera.— En esta dirección, se afirma que la autonomía local, y las potestades reglamentaria y de autoorganización que se derivan de la mis-

ma, no resultan suficientes para abordar el tratamiento de una materia que ha sido atribuida directamente a la potestad reglamentaria de los ejecutivos del Estado y de las comunidades autónomas.

Decimocuarta.— Los efectos últimos del voto mayoritario consisten en que la primacía atribuida al reglamento estatal o autonómico para regular el régimen jurídico del personal directivo posterga, o mejor dicho, vacía de contenido efectivo las normas del régimen local que regulan la institución directiva congelando la competencia atribuida en la materia, ya que la misma no puede ejercerse sin la existencia de un reglamento del Estado o de la comunidad autónoma que la enmarque adecuadamente.

Decimoquinta.— El voto particular entiende el conflicto jurídico planteado como un problema de conexión entre diversos sistemas de fuentes y poderes normativos que no puede resolverse en beneficio de unos y en perjuicio de otros, para lo que se requiere una interpretación armónica capaz de articular el ejercicio de todas las competencias en presencia.

Decimosexta.— No haberlo hecho así presupone que cuanto se dispone sobre el personal directivo en las normas de régimen local no resulta de aplicación a los efectos de habilitar a la entidad local para regular su personal directivo, lo que queda demorado a la espera del desarrollo que se quiera dar al artículo 13 del TREBEP por el Gobierno del Estado o de la respectiva comunidad autónoma.

Decimoséptima.— En esta situación, se entiende que los razonamientos seguidos por el voto mayoritario no respetan o desconocen la posición ordinal que tiene la LRBRL, en todo lo relativo al régimen local, lo que debería suponer una priorización de la regulación que la misma contiene sobre dirección pública profesional, y un reconocimiento específico de la potestad de organización y de la potestad reglamentaria local para tratar estas materias.

Decimoctava.— Especial mención merece la referencia hecha en el voto particular a la legalidad de una reglamentación local hecha en un momento particular sin contradecir la legislación existente en la materia, pero necesitada de adaptación a la norma legal o reglamentaria posterior que regule la materia y con la que entre en contradicción, ya que lo que parece estar en juego no es una particular atribución de competencias, que siempre aparecerían como compartidas, sino el momento adecuado para el ejercicio de las mismas.

Decimonovena.— En un sistema de autonomías territoriales que distribuye el tratamiento de una materia entre diferentes poderes normativos, el ejercicio de la competencia propia de desarrollo, sin que se haya producido la formalización del instrumento normativo que haya de estructurarla o enmarcarla, se ha procurado resolver sin que el retraso de un regulador presu-

ponga la congelación de la competencia del otro. De ahí que, en defecto de las normas básicas o de las normas marco que hayan de encuadrar las normas de desarrollo, las posibles bases o marcos normativos a considerar, se puedan desprender de las referencias legislativas preexistentes en cada momento, con el compromiso de no aplicarlas o adaptarlas cuando estas se hayan producido efectivamente, y entren en contradicción con las de desarrollo que se hayan podido disponer transitoria y provisionalmente.

Vigésima.— En el sistema constitucional español de distribución de competencias normativas entre el Estado y las comunidades autónomas, la noción de bases ha de ser entendida como un concepto material, y en consecuencia esos principios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación estatal vigente en cada momento, por lo que las comunidades autónomas no están obligadas a esperar a que se dicte una norma básica para ejercer sus competencias de desarrollo legislativo. Obviamente, ese desplazamiento temporal en el orden de ejercicio de las competencias no resulta definitivo. Una norma básica posterior que contuviera disposiciones que entraran en contradicción con una de desarrollo se impondría a esta, y provocaría para todos los actores jurídicos en presencia un deber de inaplicación de las normas que no pudieran llegar a armonizarse con las bases estatales.

Vigésima primera.— Si se entiende que la función última del artículo 13 del TREBEP, que encarga al Gobierno del Estado y a los órganos de gobierno de las comunidades autónomas la regulación del personal directivo, es la de dotar de suficiente homogeneidad a dicho régimen jurídico a través del enunciado de unos parámetros comunes, dichos elementos caracterizadores pueden y deben deducirse de la legislación vigente hasta que se enuncien de una forma concreta y precisa por los correspondientes ejecutivos, asumiendo que la interpretación hecha de lo que pueda ser estructural en la formulación del régimen jurídico específico de dicho personal directivo es transitoria y provisional y deberá ser objeto de adaptación, si es el caso, después de su oportuna determinación por quien tiene la competencia para ello.

Vigésima segunda.— Si esto es así, las corporaciones locales deberían disponer el régimen jurídico específico de los titulares de sus órganos directivos teniendo en cuenta los principios generales de ordenación que pudieran deducirse de la legislación vigente del Estado y de las comunidades autónomas, en el bien entendido de que los reglamentos locales que ordenaran dichas instituciones habrían de considerar el régimen de personal que se pudiera disponer en ellas como una serie de normas provisionales y transitorias, que se entenderían automáticamente inaplicables en el momento en que se produjera una regulación general del régimen jurídico específico del personal

directivo que pudiera llegar a afectarlas por su evidente y manifiesta incompatibilidad entre sus contenidos regulativos, salvo que se procurara una interpretación armónica que salvaguardara la relación lógica entre ambas normas, permitiendo una aplicación simultánea de las mismas.

Vigésima tercera.— En el caso de que se quiera proponer una norma del Estado o de las comunidades autónomas que pudiera regular la actual situación de vacío normativo, de una forma transitoria y provisional, lo primero que habría que averiguar sería quién detenta la competencia para determinar el régimen jurídico del personal directivo y el instrumento normativo que pudiera resultar más adecuado para ello.

Vigésima cuarta.— A nuestro parecer, la competencia para establecer la reglamentación del personal directivo resulta ser del Estado para su propio régimen orgánico y de personal, y de las comunidades autónomas para el suyo propio y el de las administraciones de su territorio. Cuestión distinta es que se pueda reconocer al Estado una intervención mínima, puntual y transitoria, fundada en razones de interés público, tendente a garantizar la correcta articulación de la cadena normativa entre los diferentes poderes reguladores implicados —Estado, comunidades autónomas y entidades locales—, intervención que no debería suplantar la competencia de las comunidades autónomas y que tendría como finalidad asegurar el correcto y ordenado ejercicio de las competencias locales en este aspecto específico.

Vigésima quinta.— Resulta perfectamente posible que el Estado y las comunidades autónomas ordenen su intervención en esta materia a través de leyes o de otro tipo de disposiciones normativas, ya que no existe en nuestro ordenamiento jurídico una reserva de reglamento. Sin embargo, no parece que una materia con proyección sobre la función pública y el personal pueda integrar el contenido básico de una ley de presupuestos, sin perjuicio de que la misma pudiera ubicarse en una ley de acompañamiento o en una ley sobre empleo público o sobre régimen local.

Vigésima sexta.— La regulación que se propone puede basarse en una norma de habilitación de carácter puntual y concreto en favor de la potestad normativa local, para cubrir una situación de vacío normativo, que podría ser adoptada indistintamente por el Estado o la comunidad autónoma, o, alternativamente, en una regulación más sustantiva que, a nuestro entender, solo debería adoptarse por la correspondiente comunidad autónoma para las entidades locales de su propio territorio, disposición que podría introducirse como una transitoria de la LRBRL o de ley municipal o de gobierno local de la comunidad autónoma, todo ello sin perjuicio de que pueda recurrirse a una norma reglamentaria estatal o autonómica para obtener idéntico objetivo y finalidad.

Vigésima séptima.— También resulta fundamental concretar el posible ámbito de la norma en cuestión. En principio, si la intervención ha de ser estatal, lo más adecuado es referirse única y exclusivamente a las entidades para las cuales la propia LRBRL ha previsto una estructura directiva, es decir, las diputaciones, los cabildos y consejos insulares y los municipios de gran población. Con ello se salvaguarda el poder de decisión de las comunidades autónomas sobre el ámbito de extensión de las estructuras directivas en los ayuntamientos de régimen común que aún no ha sido definido por una ley estatal o autonómica. En cambio, si la intervención se ha de vehicular a través de una norma autonómica, quizá lo más sensato sea autorizar a las entidades locales cuya población sea igual o superior a 40 000 habitantes, y a las entidades supramunicipales que iguallen o superen dicho umbral de población, a definir sus puestos directivos y concretar su régimen jurídico, tal como se hace en el artículo 36.5 de la LILE.

Vigésima octava.— Al respecto se propone como una posible norma de habilitación el siguiente texto:

- 1. Con carácter provisional y transitorio las entidades locales previstas en el artículo 32 bis y en el 121 de la LRBRL, podrán regular el régimen jurídico específico de los titulares de sus puestos directivos a través del correspondiente reglamento orgánico.*
- 2. La regulación que se establezca podrá extenderse a los titulares de los puestos directivos propios de sus estructuras internas y a los de la máxima responsabilidad que se determinen en los respectivos estatutos de las entidades que conforman su sector público.*
- 3. El régimen jurídico de los titulares de los puestos directivos que pudiera establecerse por el correspondiente reglamento orgánico deberá garantizar los principios de profesionalidad, igualdad, mérito, idoneidad, publicidad y concurrencia, y responsabilidad por la propia gestión.*
- 4. El régimen jurídico específico que se contenga en el correspondiente reglamento orgánico deberá ordenar y completar la regulación prevista en la legislación vigente sobre personal directivo profesional.*
- 5. Las disposiciones contenidas en la legislación básica de empleo público, y en la de la comunidad autónoma sobre empleo público local, tendrán carácter supletorio respecto a todos los aspectos del régimen jurídico del personal directivo a los que no se refiera el correspondiente reglamento orgánico.*
- 6. Los preceptos de los correspondientes reglamentos locales que incorporen el régimen jurídico de los titulares de los puestos directivos, que contradigan la regulación general que pudiera establecerse por las leyes o los reglamentos del Estado o de las comunidades autóno-*

mas, devendrán automáticamente inaplicables en el momento de la entrada en vigor de dichas leyes y reglamentos. En este caso solo podrán continuar vigentes las reglas que resulten compatibles o permitan una interpretación armónica con las nuevas normas establecidas, mientras no se produzca una adaptación expresa de la correspondiente reglamentación local.

Vigésima novena.— Si se trata de elaborar una norma más sustantiva habrá que abordar una serie de regulaciones materiales que deberán desprenderse de la doctrina elaborada sobre esta materia específica, y de las leyes de las comunidades autónomas que han procedido a su regulación, comprendiendo el ámbito subjetivo de aplicación, su vertiente orgánica y funcional, el instrumento que vaya a utilizarse para la ordenación de los puestos directivos, los requisitos de acceso a las funciones directivas y su condición, los posibles procedimientos de designación, continuidad y cese en el ejercicio de las funciones directivas, las situaciones administrativas en que pueda quedar el personal que accede a funciones directivas, los sistemas y técnicas para evaluar la responsabilidad por la propia gestión directiva y el sistema de incompatibilidades y conflictos de interés.

Trigésima.— Al respecto se propone como una posible norma sustantiva el siguiente texto:

1. Con carácter provisional y transitorio, las entidades locales territoriales con una población igual o superior a los 40 000 habitantes, las islas, las comarcas u otras entidades instituidas por las comunidades autónomas y las mancomunidades podrán regular el régimen jurídico específico de los titulares de sus puestos directivos a través del correspondiente reglamento orgánico.

2. La regulación que se establezca podrá extenderse a los titulares de los puestos directivos propios de sus estructuras internas y a los de la máxima responsabilidad que se determinen en los respectivos estatutos de las entidades que conforman su sector público.

3. Las entidades locales definirán los puestos directivos propios de su estructura interna y de las entidades de su sector público local, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación básica o autonómica que resulte de aplicación. La determinación de los puestos directivos de la estructura administrativa se llevará a cabo a través de una relación específica de puestos de trabajo u otro instrumento de ordenación del personal directivo, que no deberá ser objeto de negociación.

4. Tendrán la consideración de personal directivo profesional los titulares de los puestos definidos como directivos que ejerzan funciones de gestión o ejecución de carácter superior, ajustándose a las directrices

generales fijadas por los órganos de gobierno, adoptando al efecto las decisiones oportunas, y disponiendo para ello de un margen de autonomía dentro de esas directrices generales.

5. El nombramiento de los titulares de los puestos directivos deberá efectuarse entre funcionarios de carrera del Estado, de las comunidades autónomas, de las entidades locales o con habilitación de carácter nacional que pertenezcan a cuerpos o escalas clasificados en el subgrupo A1, salvo que el correspondiente reglamento orgánico permita que en atención a las características específicas de las funciones por desempeñar en tales puestos directivos su titular no reúna dicha condición de funcionario.

6. La designación del personal directivo profesional será discrecional, atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos objetivos que garanticen la publicidad y la concurrencia y en los que se acredite la competencia profesional y la experiencia necesaria para su adecuado desempeño. El cese del personal directivo profesional se producirá, además de por las causas previstas en el régimen aplicable a los funcionarios de carrera, por una decisión motivada en la pérdida de la idoneidad necesaria para el ejercicio de las correspondientes funciones directivas o en una evaluación negativa de su gestión.

7. Los titulares de los puestos directivos estarán sujetos a evaluación con arreglo a criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por la gestión y control de resultados, todos ellos en relación con los objetivos que les hayan sido fijados. La evaluación de resultados, que tendrá carácter periódico, podrá llevarse a cabo directamente por el superior jerárquico del correspondiente ámbito o entidad o, por el órgano de gobierno o el órgano superior de la entidad al que le correspondan dichas funciones, con la ayuda, si se considera conveniente, de asesores externos.

8. El personal funcionario que sea designado para ocupar puestos de trabajo con funciones directivas será declarado en situación de servicios especiales. El personal laboral fijo que pase a desempeñar un puesto de trabajo directivo será declarado en la situación que le corresponda de conformidad con la legislación laboral, habida cuenta de su consideración como cargo público a estos únicos efectos.

9. El régimen jurídico de incompatibilidades del personal directivo local será el establecido en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local.

10. Las entidades locales determinarán el régimen jurídico de los titulares de sus puestos directivos, de acuerdo con lo previsto en la legis-

lación básica y en la de su comunidad autónoma, teniendo en cuenta que la legislación de empleo público del Estado y de la comunidad autónoma tendrá carácter supletorio en todos los aspectos del régimen jurídico del personal directivo no regulados en esta Ley [en esta norma reglamentaria].

11. Los preceptos de los reglamentos locales que incorporen el régimen jurídico de los titulares de los puestos directivos, y que contradigan la regulación general que pudiera establecerse por las leyes o los reglamentos del Estado o de las comunidades autónomas, devendrán automáticamente inaplicables en el momento de la entrada en vigor de dichas leyes y reglamentos. En este caso, solo podrán continuar vigentes las reglas que resulten compatibles o permitan una interpretación armónica con las nuevas reglas establecidas, mientras no se produzca una adaptación expresa de la correspondiente reglamentación local.