

LA FUNCIÓN DIRECTIVA

E. Moreu Carbonell, J.L. Bermejo Latre, V. Escartín Escudé, M.A. Bernal Blay y C. De Guerrero Manso*

Resumen

En este artículo se analiza el régimen jurídico de la función directiva en el Estatuto Básico del Empleado Público, poniendo de relieve sus insuficiencias y proponiendo soluciones de futuro, ya que el Estatuto Básico deja abierto el diseño del directivo público profesional. Para que encaje con éxito en nuestras Administraciones públicas la figura del personal directivo, resulta inaplazable adaptar su estructura organizativa y establecer mecanismos que garanticen la independencia y objetividad del directivo, tan sensible a la cambiante coyuntura política.

MANAGEMENT

Abstract

This article analyzes the legal framework of the management system under the Civil Service Basic Statute, highlighting its deficiencies and proposing solutions for the future. Future solutions are possible, since the Basic Statute leaves the design of the professional public manager position open. In order for management personnel to be successfully integrated into government bodies, their organizational structure should be adapted without delay and mechanisms should be expeditiously established to guarantee their independence and objectivity. In an ever changing political environment, the position of manager is an extremely sensitive one.

* Jose Luis Bermejo Latre, profesor titular de derecho administrativo de la Universidad de Zaragoza, Facultad de Derecho, Calle Pedro Cerbuna, 12, 50009 Zaragoza, berlatre@unizar.es.

Elisa Moreu Carbonell, profesora titular de derecho administrativo de la Universidad de Zaragoza, Facultad de Derecho, Calle Pedro Cerbuna, 12, 50009 Zaragoza, emoreu@unizar.es.

Víctor Escartín Escudé, profesor contratado doctor de derecho administrativo de la Universidad de Zaragoza, Facultad de Derecho, Calle Pedro Cerbuna 12, 50009 Zaragoza, victores@unizar.es.

Miguel Ángel Bernal Blay, profesor ayudante doctor de derecho administrativo de la Universidad de Zaragoza, Facultad de Derecho, Calle Pedro Cerbuna 12, 50009 Zaragoza, mabernal@unizar.es.

Carmen de Guerrero Manso, profesora ayudante doctora de derecho administrativo de la Universidad de Zaragoza, Universidad de Zaragoza, Facultad de Derecho, Calle Pedro Cerbuna 12, 50009 Zaragoza, carmeng@unizar.es.

Artículo recibido el 27.04.2012. Evaluación ciega: 20.07.2012. Fecha de aceptación de la versión final: 20.09.2012.

Citación recomendada: MOREU CARBONELL, E. [et al.]. «La función directiva». *Revista catalana de dret públic*. Núm. 45, 2012, pp. 76-93.

Sumario

1. La función directiva en el Estatuto Básico del Empleado Público
2. Retribución de la función directiva
3. Designación del personal directivo
4. Incompatibilidades del personal directivo
5. Evaluación del desempeño de los directivos públicos
6. Bibliografía básica

La imparable dimensión empresarial de la actividad de las Administraciones públicas y el proceso de modernización administrativa han generado una “eclosión gerencialista” en nuestro sistema de empleo público (SERRANO PASCUAL (2010: 152). La irrupción de los *managers* se justifica, además, por la necesidad de implantar un modelo de gestión administrativa capaz de equilibrar los principios de autonomía, control, responsabilidad y gestión por resultados (BERMEJO VERA, 2011: 13). Sin embargo, el fenómeno ha ido más rápido que la norma jurídica, que no ha sabido, o no ha querido adaptarse a la realidad de la función directiva. Nuestro país nunca ha tenido una función directiva debidamente estructurada, en términos equiparables a la de otros países. En España, la función gerencial continúa siendo una responsabilidad exclusiva de sujetos nombrados y separados libremente por estrictas razones políticas o de confianza personal [por todos, ROMÁN RIECHMANN, SÁNCHEZ MORÓN y VELÁZQUEZ LÓPEZ (2004: 503) y JIMÉNEZ ASENSIO (2006: 83)]. La ordenación de la función directiva del artículo 13 del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril, EBEP) resulta parca, timorata y confusa, y no puede considerarse como una “regulación general” en contra de lo que afirma MAESO SECO (2007: 112).

1. La función directiva en el Estatuto Básico del Empleado Público

La lectura del artículo 13 del EBEP nos sume en una profunda desilusión, cuando no desconcierto o incluso indignación. Lamentablemente, y aunque tenía competencias para ello, el legislador estatal ha renunciado a regular el estatuto básico de la función directiva, limitándose a recoger una serie de principios que deben orientar las condiciones de empleo del personal directivo (designación, evaluación, responsabilidad por su gestión y control por objetivos), que quedan, empero, incomprensiblemente deslegalizados, por cuanto hay una remisión casi completa a lo que establezca «el Gobierno y los órganos de Gobierno de las Comunidades autónomas»¹. En nuestra opinión, habría sido conveniente profundizar en la competencia del Estado para regular «las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales» (art. 149.1.30° CE), que permitiría establecer con carácter básico una auténtica función pública directiva desde la perspectiva de su formación, que indirectamente determina las condiciones de acceso a los puestos directivos. Sin embargo, parece que el sector doctrinal mayoritario alaba el hecho de que el EBEP no imponga un modelo de directivos, que sería fruto de una competencia exclusiva de autoorganización y decisión libre de aquellas organizaciones que consideran que pueden servir mejor al objetivo público potenciando el modelo de dirección pública profesional (JIMÉNEZ ASENSIO, VILLORIA y PALOMAR OLMEDA (2009: 125). De hecho, el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 recogió en su artículo 150 la competencia exclusiva en materia de autoorganización administrativa, en concreto, sobre la regulación de los órganos y directivos públicos de la Administración de la Generalidad, sustrayendo así la dirección pública del ámbito del empleo público y permitiendo un amplísimo margen de configuración a la hora de definir un régimen propio de la función directiva en Cataluña (al respecto, ORTEGA ALVAREZ y MAESO SECO (2010: 163).

¹ No se alcanza a comprender, por cierto, la razón por la que el Estatuto Básico ha excluido a los órganos de gobierno locales, si asumimos que el fundamento de la deslegalización parece encontrarse en la potestad de autoorganización administrativa, que, desde luego, también corresponde a los entes locales (art. 4 de la Ley 7/1985, reguladora de las bases de régimen local).

Lo cierto es que, hasta la fecha, la función directiva sigue sin tener el necesario desarrollo reglamentario, ni por parte del Estado², ni por parte de las Comunidades Autónomas³, si bien algunas como Baleares o Galicia, inspirándose quizás en la vieja Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, regulan el requisito del “diploma de personal directivo” para quienes opten al desempeño de puestos de trabajo con funciones directivas⁴.

El artículo 13.1 del EBEP se limita a definir el personal directivo como aquél que «desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones públicas», en una suerte de pleonasma que no facilita la delimitación de la figura. La clave es: ¿qué es una función directiva profesional? Y aquí el Estatuto Básico guarda un inquietante silencio. O lo que es peor: se remite a lo que definan «las normas específicas de cada Administración». Una nueva deslegalización, más vaga todavía que la anterior. ¿Qué “normas específicas”? ¿Un reglamento de organización interna? ¿Un plan estratégico? ¿Un plan de empleo? ¿Una relación de puestos de trabajo? Nada se dice, pero es difícil saberlo. Del artículo 13.1 del EBEP, en relación con el artículo 8.2, sí podemos concluir que la dirección pública no es una clase de personal (puede ser funcionario, laboral o eventual), aunque así lo considere la Exposición de Motivos del EBEP, ni tampoco un alto cargo (titular de un órgano de gobierno o de un órgano directivo), sino una función, la función directiva, atribuida a un puesto de trabajo de naturaleza directiva, cuyo titular será seleccionado con arreglo a criterios propios y cuyas condiciones de empleo, basadas en el control por resultados, quedan pendientes de desarrollo reglamentario.

Es una idea compartida que la dirección pública encuentra su espacio en esa difusa frontera que existe entre la Administración y la política. Como agudamente ponen de relieve ROMÁN RIECHMANN, SÁNCHEZ MORÓN y VELÁZQUEZ LÓPEZ (2004: 503), los retos de la sociedad del conocimiento y la globalización, la

² La “función directiva” se mencionaba ya en la Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función pública, vinculada con los órganos directivos y con la provisión por libre designación (art. 20). Posteriormente la LOFAGE (Ley 6/1997) recogió la distorsionadora noción de “órgano directivo”, que se extendió al ámbito local (en la Ley 57/2003, de modernización del Gobierno local). La Ley 28/2006, de Agencias Estatales puede considerarse como el primer intento de regulación del estatal de la función directiva (art. 23). La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, regula el personal directivo de los organismos reguladores (art. 17), y el RD. 451/2012, de 5 de marzo, el régimen retributivo de los directivos del sector público empresarial.

³ Las pocas Comunidades Autónomas que han aprobado sus propias normas sobre función pública después de la entrada en vigor del EBEP regulan con distinto grado de detalle la función directiva. La Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la función pública de las Islas Baleares, apuesta, según su Exposición de Motivos, por una “profesionalización” y “funcionarización” de la función directiva, que apenas se desarrolla en el articulado (art. 35). El texto refundido de la Ley de la función pública de Galicia (DLegis. 1/2008, de 13 de marzo) se limita a regular la provisión de los puestos directivos a través del sistema de libre designación (art. 30). Por su parte, la Ley 10/2010, de 9 de julio, de función pública de la Comunidad Valenciana, define el directivo público profesional como aquel que pueden nombrar los titulares de las consejerías, organismos autónomos y entes públicos, previa autorización del *Consell*, «para la puesta en marcha de proyectos, planes o programas concretos de duración determinada» (art. 20.1). El personal directivo podrá ser tanto funcionario, como laboral, y deberá presentar «una memoria anual en la que dará cuenta del resultado de la gestión efectuada y de los resultados logrados en relación con los objetivos previamente fijados» (art. 20.5). La Ley valenciana dispone que el directivo queda vinculado a la Administración mediante un pacto de permanencia y no competencia postcontractual, si bien únicamente por «un período máximo improrrogable de dos años». Por último, la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del empleo público de Castilla-La Mancha, considera que la función directiva es «clave en el impulso y liderazgo del proceso de modernización de la función pública».

⁴ En el caso de Galicia, el Decreto 294/1992, de 10 de septiembre, introdujo el requisito del “diploma de directivos” para quienes opten al desempeño de puestos de trabajo de libre designación con funciones directivas, calificados así en la correspondiente relación de puestos de trabajo, tanto funcionario como laboral. El diploma es expedido por la Escuela Gallega de Administración Pública (o equivalente), tras realizar un curso de formación que versará «sobre las materias que en cada momento la Administración demanda de un directivo». La Ley de función pública de las Islas Baleares exige este diploma para la provisión de los puestos de trabajo de carácter directivo (art. 35.3), según programa aprobado por el Presidente de la Escuela Balear de Administración Pública (*Boletín Oficial de las Islas Baleares* nº 67, de 5 de mayo de 2007).

complejidad creciente de las Administraciones públicas y la necesidad de mantener la continuidad de los servicios públicos en las condiciones de eficacia, calidad e imparcialidad que la sociedad demanda, aconsejan separar las tareas de dirección política y administrativa, confiando estas últimas a un grupo profesional de gestores públicos con la necesaria cualificación. Y para ello no es suficiente con reservar determinados puestos u órganos directivos a funcionarios, o introducir abstractos criterios de competencia profesional y experiencia, sino que es deseable contar con un grupo profesional especializado y formado en tareas de dirección.

Los conflictos relativos a la delimitación del personal directivo han llegado a nuestros tribunales, donde destacamos dos sentencias de la sala social del TS de 14 de marzo de 2012 (rec. nº 78/2011) y 22 de marzo de 2012 (rec. nº 58/2011), que versan sobre ciertas dificultades interpretativas surgidas en torno a la reducción salarial del 5%, con efectos del 1 de junio de 2010, que introdujo el Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, de medidas extraordinarias para la reducción del déficit público. En concreto, el problema deriva de la interpretación que haya que dar a la disposición adicional novena del Real Decreto-Ley, que exceptúa de la reducción salarial al «personal laboral no directivo de las Entidades Públicas Empresariales RENFE, ADIF y AENA, salvo que por negociación colectiva las partes decidan su aplicación». Tanto RENFE como ADIF extendieron la reducción del 5% a una serie de trabajadores en régimen laboral que integraban la estructura de dirección de la entidad, por entender que la clave para aplicar la reducción salarial a los afectados se hallaba en su condición de «personal excluido del convenio». Los afectados recurrieron alegando que les era plenamente aplicable la disposición adicional novena, en tanto que personal laboral de RENFE y ADIF.

El núcleo del litigio se ciñe a la calificación de los afectados como personal directivo o no; ya que la reducción *ope legis* de los salarios solo sería aplicable al personal directivo, sometiéndose, para el resto de personal laboral (no directivo), a lo acordado en la negociación colectiva. Los recurrentes, además, no estaban vinculados por un contrato laboral de alta dirección, sino por contratos laborales de naturaleza común u ordinaria, aunque se integraran en la estructura directiva de la entidad. Pues bien, ambas sentencias niegan la asimilación que hacen RENFE y ADIF entre «personal directivo» y «personal que se halla fuera de la regulación de la negociación colectiva», pues lo relevante para definir al personal directivo no es que esté fuera o dentro del convenio, sino acreditar realmente que «sea personal directivo». Este confuso juego de palabras conduce a dar la razón a los recurrentes, concluyendo que encajan en la excepción de la disposición adicional novena, pues no se ha podido acreditar que sean realmente personal directivo, con independencia de otras consideraciones.

Mientras no se afronte esta necesaria tarea de delimitación de la función directiva, seguiremos potenciando la desprofesionalización y la politización de “directivos fácticos” en expresión de BERMEJO VERA (2011:33), cuyo reclutamiento se realiza por cauces variados basados en criterios políticos o de confianza y que, salvo contadas y honrosas excepciones, carecen de la debida formación y no han adquirido las suficientes habilidades y destrezas para estos puestos de responsabilidad. Como existen órganos calificados como “directivos” aunque no se hayan definido claramente las funciones directivas asignadas a los mismos, termina confundiendo erróneamente la organización con la función y la persona titular del

órgano⁵. Es evidente, por tanto, que para que encaje con éxito la figura del personal directivo es inaplazable adaptar la estructura organizativa de nuestras Administraciones públicas. En conclusión, resulta esencial, no sólo definir las funciones directivas, sino también delimitar las responsabilidades subjetivas de quienes desarrollan tales funciones, distinta de la responsabilidad objetiva de la Administración, estableciendo además mecanismos que garanticen la independencia y objetividad del directivo para que (su actuación) no esté sujeta a los avatares políticos.

El artículo 13 del EBEP tampoco aclara su ámbito de aplicación, esto es, si se extiende a todos los directivos del sector público, o sólo a los directivos de las Administraciones públicas en sentido estricto, coincidiendo con el ámbito subjetivo de aplicación del artículo 2 del EBEP. ¿Podemos incluir también a los directivos de una sociedad de capital público o de una fundación del sector público? La disposición adicional primera del EBEP permitiría extender al personal no incluido en su ámbito de aplicación, *ergo* a todos los directivos del sector público, tanto el código de conducta del EBEP, como los principios generales de selección. Y de hecho, ese es el ámbito de aplicación del RD. 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 (art. 2), aunque, como hemos apuntado, resulta muy criticable la definición de directivo que introduce esta norma.

2. Retribución de la función directiva.

Las retribuciones cumplen una función de contraprestación obligacional, pero actualmente dichas funciones se extienden y alcanzan a otros muchos propósitos de tipo individual (fidelización, reconocimiento o gratitud del empleado, incentivo para la mejor realización de sus tareas) y social (protección de un mínimo vital individual que asegure la cohesión social e incentivo para la búsqueda del progreso colectivo). En el caso de la función directiva, estos aspectos metacontractuales se acentúan, dada la complejidad de la causa obligacional de esta particular relación de empleo, causa que no es tanto el desempeño propio (del directivo) como el de terceros (los empleados a su cargo). A la complejidad de la causa obligacional se añaden las cualificadas condiciones exigidas al directivo (elevada titulación académica, formación y conocimientos específicos, dilatada experiencia, compromiso con la organización) y la consiguiente escasez de oferta de este tipo de empleados.

Todos estos factores justifican suficientemente el diseño de un régimen retributivo diferenciado para la función directiva, que atienda a las especificidades de ésta: correspondencia con las tareas asignadas y relación con el sistema de evaluación del desempeño, vinculación con el régimen de acceso y permanencia

⁵Esta distorsión se observa, por ejemplo, en la Ley de Función Pública de las Islas Baleares, cuando dispone que «en todo caso, tienen naturaleza directiva los puestos de trabajo clasificados en el nivel 30, los que implican jefatura de departamento y los que implican jefatura de servicio cuando tienen dependencia directa del órgano superior o directivo al cual están adscritos» (art. 30.2). También añade complejidad innecesaria a la delimitación del directivo público el RD. 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, al considerar directivos a «quienes formando parte del consejo de administración, de los órganos superiores de gobierno o administración, o actuando bajo su dependencia o la del máximo responsable, ejercitan funciones separadas con autonomía y responsabilidad, solo limitadas por los criterios e instrucciones emanadas del máximo responsable o de los citados órganos» (art. 3.1.b), excluyendo sin razón aparente «a quienes estén vinculados a la entidad por relación funcional». Aunque dicha definición lo es únicamente «a los efectos de este real decreto», semejante relativismo perjudica a la seguridad jurídica, si recordamos que aún está pendiente el desarrollo reglamentario del artículo 13 del EBEP, e introduce disfunciones en el régimen jurídico del personal directivo, como la relativa a las incompatibilidades a la que no referimos más adelante.

en dicha función, relación con los mecanismos de prevención de los conflictos de intereses, estructura compuesta de componentes no salariales y variables referenciados al éxito global de la organización o concreto de la unidad a cargo del directivo y, finalmente, adaptabilidad a condiciones personales especiales y elevada cuantía frente a la media⁶.

El modelo retributivo general del empleo público, recogido en los arts. 22 a 24 y 27 del EBEP, se muestra suficientemente elástico para dar cobertura a un sistema retributivo específico adaptado a las peculiaridades función directiva, aun a pesar de los límites recogidos tanto por el propio EBEP como por la legislación presupuestaria y, en general, el Derecho administrativo y sus principios rectores⁷.

En efecto, el sistema de retribuciones para el personal directivo ha de ser económicamente atractivo, pero dentro de ciertos límites de cuantía máxima, establecidos con arreglo a las previsiones presupuestarias. Asimismo, debe otorgar un mayor peso específico a los componentes retributivos variables, y acaso contemplar la adición de componentes no salariales (en la medida en que resulten extrapolables al ámbito del empleo público). Un *mix* retributivo óptimo para la función directiva debe combinar la duración de la relación de empleo, el sistema de control sobre el directivo, el modo de reclutamiento y promoción interna y su participación en el dominio de la organización. Pero todas las especialidades deben ajustarse al régimen general del empleo público e insertarse en ciertas coordenadas: los principios de racionalidad en el gasto público, legalidad y transparencia presupuestaria (entendidos como consolidación del *quantum* retributivo en normas con rango de ley); la potestad administrativa de propuesta y alteración unilateral de las negociaciones retributivas, a la luz del art. 38 del EBEP frente al principio de libertad de pactos y, finalmente, principios de suficiencia, proporcionalidad, igualdad y equidad de las retribuciones⁸.

⁶ En el sector privado el personal directivo duplica —cuando no triplica— el nivel retributivo medio. De acuerdo con la *Encuesta Anual de Estructura Salarial (CNAE-2009). Serie 2008-2009* del Instituto Nacional de Estadística (INE), los directivos de empresas con más de 10 trabajadores percibieron una media anual de ca. 60.400 euros, en tanto que los gerentes de empresas con menos de 10 trabajadores percibieron una media de ca. 44.700 euros, siendo el salario mínimo interprofesional de ca. 8.700 euros anuales. Un 10% de los directores generales superan los 99.000 euros anuales. En cuanto a la estructura retributiva, los elementos retributivos variables más habituales son las retribuciones diferidas (*bonus* o primas por permanencia en la institución o por la consecución de ciertos resultados) y las retribuciones relacionadas con el valor de la empresa (entrega de acciones a un precio inferior al de mercado, *stock options* —opciones sobre acciones a precio fijo con la expectativa de su revalorización— y *phantom plan* —prima oscilante en función de la evolución de la cotización de las acciones de la compañía, sin que se produzca la entrega real de éstas—).

⁷ Como es sabido, el modelo general se asienta sobre la combinación de retribuciones básicas (sueldo, pagas extraordinarias y trienios —que premian la antigüedad—, en función de la titulación exigida para acceder al sistema, y referenciadas anualmente en Leyes de Presupuestos Generales del Estado) y complementarias (fijas o variables, dirigidas a retribuir la función desempeñada, la categoría, la dedicación, la actividad, la productividad y cumplimiento de objetivos y la evaluación del rendimiento y de los resultados). Semejante esquema asegura el mantenimiento de un modelo común y homogéneo en relación con las retribuciones básicas, y permite orientar parte de las retribuciones complementarias a la motivación del personal en pos de la calidad de los servicios, incentivando la dedicación y la consecución de los objetivos planificados, en su caso.

⁸ En cuanto a esta última serie de principios resulta anecdótica, pero muy instructiva, la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 14 de febrero de 2012 (*apud* la nota de prensa publicada en <http://www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg12-008>), que deduce del art. 33.5 de la Constitución alemana un “principio de alimentación” (*Alimentationsprinzip*) según el cual los funcionarios tienen derecho a un salario digno que les permita llevar un estilo de vida acorde con su rango, siendo el parámetro de la dignidad retributiva la comparación con otros funcionarios y empleados de rango semejante. En el caso de autos, un catedrático de Química de la Universidad de Marburgo impugnaba indirectamente la normativa del *Land* de Hesse para los catedráticos universitarios incorporados al sistema a partir de 2005, en virtud de la cual se reducía el salario base a 3.890 euros mensuales —más pagas extraordinarias— y se compensaba éste con una asignación variable de 24 euros mensuales adicionales en función del número de alumnos a cargo.

Siguiendo estos principios, y dentro del marco dispuesto por el EBEP y la legislación presupuestaria, los pormenores de un modelo retributivo específico para la función directiva han sido recientemente regulados por la Disposición adicional octava del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral⁹. En desarrollo de esta norma de urgencia se ha promulgado el 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.

De acuerdo con esta nueva normativa, que resulta imperativa en todos sus términos (so pena de nulidad contractual) y aplicable con carácter retroactivo (obliga incluso a la adaptación de los contratos de alta dirección celebrados con anterioridad a su entrada en vigor antes del 13 de abril de 2012), las retribuciones de alta dirección del sector público estatal se clasifican exclusivamente en básicas y complementarias.

Las retribuciones básicas —mínimas obligatorias— se fijan por el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas en función de uno de los tres grupos en que se clasifique la entidad empleadora, de acuerdo con el conjunto de criterios sentados en el propio RD 451/2012 (volumen o cifra de negocio, número de trabajadores, necesidad o no de financiación pública, volumen de inversión y características del sector en que desarrolla su actividad —complejidad, sector estratégico, internacionalización—). La norma fija límites máximos para esta retribución básica, que no podrá exceder, en cómputo anual, de 105.000 euros para los directivos de las entidades comprendidas en el grupo 1, 80.000 euros para las del grupo 2 y 55.000 euros para la del grupo 3¹⁰.

Las retribuciones complementarias comprenden un complemento de puesto (que retribuye las características específicas de las funciones o puestos directivos, y es asimilable a la suma de los complementos de destino y específico) y otro variable (potestativo, que retribuye la consecución de unos objetivos previamente establecidos conforme a parámetros evaluables, asimilable al complemento de productividad). Más allá de las parcas previsiones del RD 451/2012 al respecto, parece que la cuantía del complemento variable deberá ser modulable y periódicamente ajustable no sólo en función del éxito del organismo o unidad a cargo, sino también del plazo previsto para su cálculo¹¹. A su vez, este cálculo dependerá de la evaluación del desempeño, tal y como disponen los arts. 13.1, 20 y 24 del EBEP¹².

Ambos complementos, también fijados por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, deben ser asignados por parte de quien ejerza el control o supervisión financiera de la entidad empleadora, por el accionista en su caso o, en su defecto, por el Ministerio de adscripción, con arreglo a varios criterios:

⁹Normativa aplicable a todo el sector público estatal formado por las entidades previstas en el artículo 2.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, a excepción, únicamente, de las entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, así como sus centros y entidades mancomunados a las que se refiere la letra d) del mismo artículo.

¹⁰La clasificación de las entidades en tres grupos despliega también efectos de cara a las cuantías máximas de las dietas reguladas en el art. 28.1 y .2 del Real Decreto 462/2002.

¹¹ Para incentivar la obtención de resultados sostenibles, a medio o largo plazo, el complemento variable puede consistir en retribuciones diferidas, tales como primas globales, estructuradas o incluso crecientes. Vid. a este respecto la mejora de la cuantía de la pensión de jubilación (en un 2 ó 3% por cada año completo cotizado, según las circunstancias subjetivas del interesado) por prolongación del período activo más allá del mínimo legal, particularidad recogida por el art. 3.4 de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, *de medidas en materia de Seguridad Social*.

¹²Ya el art. 23.5 de la Ley 28/2006, de 18 de julio, *de agencias estatales para la mejora de los servicios públicos*, indica que «el personal directivo percibe una parte de su retribución como incentivo de rendimiento, mediante el complemento correspondiente que valore la productividad, de acuerdo con los criterios y porcentajes que se establezcan por el Consejo Rector, a propuesta de los órganos directivos de la Agencia Estatal».

competitividad externa —es decir, situación retributiva del directivo en comparación con puestos similares del mercado de referencia—, estructura organizativa dependiente del puesto, peso relativo del puesto dentro de la organización, y nivel de responsabilidad. Los complementos están asimismo sujetos a un porcentaje máximo establecido para el grupo en el que se clasifique la entidad, como también lo están las retribuciones en especie que se perciban en su caso, las cuales computan a efectos de la cuantía máxima de la retribución total normativamente establecida¹³.

Completan esta regulación algunas reglas, residuales pero importantes, en aras de la transparencia y la eficiencia en el gasto público (control previo de legalidad de los contratos a cargo de la Abogacía del Estado u órgano de asesoramiento jurídico equivalente, obligación de publicar anualmente las retribuciones de los directivos en la memoria de actividades de la entidad, sistema de compensación por gastos en concepto de dietas y prohibición de los blindajes de los contratos mediante indemnizaciones por extinción, las cuales se reducen a un máximo de siete días por año de servicio de la retribución anual en metálico excluidos los incentivos o complementos variables, con un tope de seis mensualidades).

Se trata, en suma, de la primera experiencia normativa en materia de retribuciones para la función directiva y, si bien resulta aplicable únicamente a un conjunto de directivos relativamente reducido en términos subjetivos (los contratados en regímenes mercantil y laboral de alta dirección) y territoriales (los del sector público estatal, incluidas las sociedades mercantiles estatales), es de esperar que ejerza un influjo en ulteriores desarrollos del EBEP en esta materia.

Quedan fuera de esta regulación muchos factores intangibles de estímulo y retribución al desempeño (cláusulas de permanencia mínima en el puesto —las de permanencia máxima parecen haber sido vetadas por el sistema de extinción contractual previsto en el RD 451/2012—, condiciones ambientales de trabajo privilegiadas —sede, mobiliario, medios materiales y humanos de auxilio personal—, posibilidades de promoción y participación en el establecimiento y asignación de las tareas propias, reconocimiento y reputación social...) que, por no ser estrictamente monetarios, no pueden computar en el *mix* retributivo de la función directiva, aunque *de facto* forman parte del mismo.

3. Designación del personal directivo

El reclutamiento del personal directivo por parte de las Administraciones Públicas se ha venido produciendo de un modo ciertamente heterogéneo, ya sea a través de nombramientos de personal eventual,

¹³ Entre las retribuciones en especie de fácil traslado al ámbito de la función directiva pública cabe contar las siguientes: uso de una vivienda de carácter patrimonial (valorado entre un 5 y un 10% de su valor catastral, con un máximo del 10% del total de los rendimientos del trabajo, de acuerdo con la normativa fiscal); uso personal de vehículos del parque móvil administrativo (cuyo valor se estima por las normas fiscales en un 20% anual del coste de adquisición para el empleador, en este caso la Administración); entrega de prestaciones relativas a formación, manutención, ocio y cultura del destinatario o de terceros vinculados a éste (por ejemplo, becas de matrícula en estudios para familiares a cargo); promoción de fondos de pensiones específicos y realización de aportaciones a los mismos (práctica cada vez más extendida en el ámbito público desde la modificación operada en la disposición final segunda de la Ley 8/1987, de 8 de junio, *de planes y fondos de pensiones* por el apartado 23 de la disposición adicional undécima de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, *de ordenación y supervisión de los seguros privados*); abono de cantidades en concepto de seguros de dependencia y, finalmente, dotación de prestaciones complementarias de asistencia sanitaria más allá de la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud (RD 1030/2006, de 15 de septiembre) y las correspondientes autonómicas, tal y como sucede en ámbito del mutualismo administrativo con prestaciones dentarias, oculares y de material ortoprotésico, entre otras (Orden APU/2245/2005, de 30 de junio, *que regula las prestaciones complementarias de la asistencia sanitaria en MUFACE*).

ya a través de contratos laborales de alta dirección, ya a través del nombramiento de funcionarios públicos en servicios especiales o, incluso, en servicio activo mediante libre designación. Es evidente que dicho régimen jurídico dispar, coherente con la escasa regulación de la figura del personal directivo en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo, ha generado una elevada inseguridad jurídica.

Creemos, no obstante, que una excesiva homogeneidad a la hora de aplicar criterios normativos fijados de antemano sería, quizás, un obstáculo a la hora de dotar de flexibilidad a las Administraciones públicas para que éstas seleccionasen al candidato más idóneo para ocupar un puesto de dirección; decisión que debería sustentarse sobre la base de los criterios propios y necesidades de cada una de las Administraciones, amparada en el principio auto-organizativo. Ni que decir tiene que el éxito de determinadas organizaciones y empresas privadas consiste en reclutar a los mejores candidatos y que estos desempeñen las labores para las que más destacan. Ése es, seguramente, el mejor camino para lograr el triunfo empresarial y, en consecuencia, ésa debería ser la actitud que motivase la selección del personal directivo público (y de todos los empleados públicos, claro está).

La vía fundamental de incorporación de personal directivo a la Administración General del Estado se abrió a partir del artículo 18.2 de la LOFAGE, en tanto se admitían, como excepción al principio general de que los puestos directivos debían ser provistos por funcionarios, los casos de los directores generales y secretarios generales nombrados mediante «Real Decreto de estructura del Departamento...en atención a las características específicas de las funciones de la Dirección General» sin que su titular reuniese la condición de funcionario ¹⁴. Pero esta previsión no fue capaz de solucionar el acuciante problema de la falta de regulación general de la función directiva, elemento nuclear en la nueva tendencia de modernización de las Administraciones públicas y, sin embargo, ejemplo paradigmático del oscurantismo administrativo y del clientelismo político desde hace décadas dentro de nuestra estructura administrativa. Tampoco el artículo 13 del EBEP, como hemos dicho, constituye la solución definitiva a la problemática citada, si bien supone un significativo paso adelante en esta encomienda.

Al no responder a una de las tipologías básicas de empleo público enumeradas en el artículo 8 del EBEP, el personal directivo podrá ser tanto funcionario, como laboral. En este último caso, sus condiciones de empleo quedarán sometidas a la relación laboral de carácter especial de alta dirección, de conformidad con lo establecido en el apartado cuarto del artículo 13 del EBEP, lo que deriva, inevitablemente, en el RD. 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

El acceso a la condición funcionarial o laboral fija se producirá, necesariamente y en atención al carácter básico de la norma, por los sistemas selectivos descritos en el artículo 61 del EBEP; es decir, oposición, concurso-oposición y concurso (aunque éste con carácter excepcional). Conviene aclarar, no obstante, que el citado carácter excepcional del concurso como sistema de selección de funcionarios de carrera no

¹⁴ La Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 ya preveía en su artículo 23.3 (artículo que, curiosamente, todavía no ha sido formalmente derogado) que las plazas «de mayor responsabilidad» del Cuerpo Técnico de Administración Civil «se reservarán a funcionarios del mismo que ostenten diploma de directivos». Siguiendo la senda marcada por la LOFAGE, otras normas estatales tales como el R. Decreto-Ley 1/1999, de 8 de enero, sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social (derogado por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud), la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, o la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, habrían tratado de desarrollar, igualmente, un régimen específico de regulación (con mayor o menor acierto) para el personal directivo.

resultará un escollo insalvable, pudiéndose perfectamente salvar mediante la normativa estatal y autonómica de desarrollo del artículo 13 del EBEP. Normativa que, a pesar de la deslegalización operada por el propio EBEP para el régimen del personal directivo, deberá tener rango legal, por aplicación del mandato contenido en el párrafo segundo del artículo 61.6 del EBEP.

Quede claro que el artículo 13.2 del EBEP no se está refiriendo a la “selección” del personal directivo, sino a la “designación” del mismo. En este caso, la diferencia conceptual va a resultar ciertamente relevante.

El personal directivo es el que realiza o desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones públicas. Con esta definición finalista se refiere el EBEP —artículo 13.1— a este personal, lo que debería llevar a pensar que la importancia de la regulación no radica en el propio personal, sino en la función que desempeña, la función directiva. En consecuencia, como hemos dicho, el personal directivo no accederá a la función pública para formar parte del cuerpo de directivos, sino que será designado para ocupar un puesto de trabajo de carácter directivo, esto es, para desarrollar las funciones directivas.

Siquiera implícitamente, el EBEP está remitiendo la designación del personal directivo a los métodos de provisión de puestos de trabajo y, principalmente, a la libre designación, sistema ya previsto en el ámbito de la Administración del Estado para cubrir los puestos de Subdirector General, Delegados y Directores regionales o provinciales, Secretarías de altos cargos, así como aquellos otros de carácter directivo o de especial responsabilidad para los que así se determine en las relaciones de puestos de trabajo (artículo 20.1 de la Ley de medidas de reforma de la función pública de 1984, todavía parcialmente vigente). Así lo ha previsto también alguna norma autonómica de desarrollo como, por ejemplo, la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, cuando en su artículo 14.2 establece el procedimiento de libre designación para la provisión de puestos de directivo reservados a personal funcionario de carrera.

La libre designación resulta el sistema de provisión más adecuado para apreciar la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto (artículo 80.1 del EBEP), cumpliéndose así con uno de los más novedosos requisitos fijados en el artículo 13.2 del EBEP para la designación del personal directivo: «su designación atenderá a (...) criterios de idoneidad». Todo ello sin renunciar a los principios de mérito, capacidad y publicidad de la convocatoria, exigidos por el citado artículo 13.2 del EBEP para distinguir la designación de los directivos públicos del sistema de nombramiento libre del personal eventual, sustentado fundamentalmente en criterios de confianza política y personal. Este sistema permitirá, además, el cese discrecional del titular del puesto de trabajo, contrapunto necesario para garantizar el éxito en el desarrollo de las importantes funciones directivas y gerenciales que se asignan a los directivos públicos (agilidad y flexibilidad tanto en la designación como en la remoción)¹⁵.

También en situación de servicios especiales quedarán los funcionarios que desempeñen «responsabilidades de órganos superiores y directivos municipales» en virtud del artículo 87.1. letra f) del

¹⁵ Desventaja que ha tratado de mitigar algún desarrollo normativo como, por ejemplo, la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la función pública de la comunidad autónoma de las Illes Balears, incluyendo dentro de los supuestos de la situación administrativa de servicios especiales a los funcionarios que «sean nombrados o contratados como personal directivo profesional de la Administración de la comunidad autónoma o de cualesquiera de las entidades del sector público instrumental de la comunidad autónoma» —artículo 99.1 letra l) de la citada Ley, en la modificación introducida por la Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears—.

EBEP; régimen que, en todo caso, resultará menos ventajoso que el establecido, con carácter previo a la aprobación del EBEP, por la Ley de Agencias Estatales —Ley 28/2006—, en tanto el personal directivo de las Agencias que tenga la condición de funcionario permanecerá en la situación de servicio activo en su respectivo Cuerpo o Escala (artículo 23.2 del citado texto legal).

Sin embargo, el sistema de libre designación para los puestos directivos presenta un grave inconveniente desde el punto de vista del cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 13.2 del EBEP. Y es que, aun a pesar de ser perfectamente respetuoso con los condicionantes de garantía de los principios de mérito, capacidad e idoneidad de los candidatos, el procedimiento de libre designación no asegura la libre concurrencia de candidatos para el puesto, requisito finalmente exigido por el artículo 13.2 del EBEP para el reclutamiento del personal directivo. De nuevo la forma de concurso —esta vez como sistema de provisión— vuelve a erigirse en la más ajustada para garantizar tanto los principios constitucionales de mérito y capacidad, como los procedimentales de publicidad y concurrencia. Pero, lamentablemente, no resulta especialmente útil para observar los criterios de idoneidad a los que también se refiere el artículo 13.2 del EBEP en tanto estos, como se ha dicho, van ligados al sistema de libre designación.

La utilización de fórmulas mixtas, con fases diferenciadas de concurso y libre designación —similares al sistema del artículo 23 de la Ley de Agencias Estatales, en la que un órgano de selección especializado formula una propuesta motivada incluyendo a tres candidatos sobre los que decide discrecionalmente el Consejo Rector de la Agencia— resultaría, en este sentido, ciertamente aconsejable, aunque dicho sistema pueda ir en detrimento de la agilidad y economía procesal que se suponen a los procesos de designación de directivos públicos.

En todo caso, habrá que esperar al necesario desarrollo normativo, tanto autonómico como estatal, de los contenidos básicos del EBEP para ver si efectivamente se logra un sistema de designación de los directivos públicos adecuado a las modernas necesidades administrativas, desterrando algunos usos tradicionales que asemejaban esta figura a la del personal de confianza política y asesoramiento especial de los órganos de gobierno.

4. Incompatibilidades del personal directivo

El sistema de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas regulado en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre (LI), debe entenderse integrado en el Estatuto de la función pública, entendido éste como un conjunto de normas que regulan la misma, y no como un cuerpo normativo único (el EBEP). El hecho de que el personal directivo no aparezca expresamente mencionado en el art. 2 de la Ley de incompatibilidades no puede llevarnos a concluir que no se encuentra sujeto a sus prescripciones. La Ley de Incompatibilidades se aplica a todo el personal al servicio de las Administraciones públicas, con independencia de la naturaleza jurídica de su relación de empleo, por lo que debemos concluir que el ámbito de aplicación subjetivo de la Ley de incompatibilidades también comprende al personal directivo, conclusión que se recoge expresamente para el personal directivo local en la Disposición Adicional decimoquinta de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases del Régimen Local (añadida por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo).

La Ley de incompatibilidades establece, como principios generales, la *incompatibilidad material* para desempeñar, por sí o mediante sustitución, un segundo puesto de trabajo en el sector público, así como la *incompatibilidad económica* para percibir más de una remuneración con cargo a presupuestos de entidades que integran el sector público. No obstante lo anterior, los artículos 3 a 15 diseñan un complejo régimen de excepciones que permiten autorizar la compatibilidad para desempeñar un segundo puesto de trabajo en el sector público, o reconocer la compatibilidad para que un empleado pueda ejercer determinadas actividades privadas, siempre que ello no suponga impedimento o menoscabo de los deberes del empleado o que puedan comprometer su imparcialidad o independencia, a las que habría que añadir los supuestos de actividades permitidas *ope legis*, reconocidos por el art. 19 de la Ley de incompatibilidades.

La posibilidad de excepcionar la regla general de incompatibilidad se encuentra expresamente excluida para el caso del personal directivo por el art. 16.1 de la Ley de incompatibilidades (tras la nueva redacción que deriva del apartado 2 de la Disposición Final Tercera del EBEP) al señalar dicho precepto que «...no podrá autorizarse o reconocerse compatibilidad al personal funcionario, al personal eventual y al personal laboral cuando las retribuciones complementarias que tengan derecho a percibir del apartado b del artículo 24 del presente Estatuto incluyan el factor de incompatibilidad al retribuido por arancel y al personal directivo, incluido el sujeto a la relación laboral de carácter especial de alta dirección»¹⁶. El precepto establece una incompatibilidad absoluta del personal directivo de las Administraciones públicas para el desempeño de cualquier otra actividad en el sector público, así como para combinar su puesto de trabajo con la realización de determinadas actividades privadas (PARADA VÁZQUEZ, 2007: 211). El precepto es taxativo y su interpretación ha de ser necesariamente rigurosa y estricta so pena de desvirtuar la finalidad de la norma.

Algún problema interpretativo puede provocar la eficacia “diferida” que, respecto del art. 16.1 de la Ley de incompatibilidades, señala el apartado 2 de la Disposición Final Cuarta del EBEP. Según esta Disposición Final, la modificación del artículo 16.1 de la LI operada en virtud del apartado 2 de la Disposición Final Tercera del EBEP, «...producirá efectos en cada Administración Pública a partir de la entrada en vigor del Capítulo III del Título III del EBEP —“Derechos retributivos”—, con la aprobación —querrá decirse “con la entrada en vigor”— de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del propio EBEP. Hasta que se hagan efectivos esos supuestos la autorización o denegación de compatibilidades continuará rigiéndose por la actual normativa».

A nuestro juicio, esa eficacia “diferida” en el tiempo, y la consecuente aplicación de “la normativa anterior”, debería haber sido objeto de matización, ya que carece de sentido que se aplique *in totum*, esto es

¹⁶En el plano formal debemos llamar la atención sobre la existencia, en este precepto, de un par de incorrecciones técnicas. En primer lugar, no es correcta la referencia al «apartado b del artículo 24 del *presente* Estatuto» en sede de este artículo 16 de la Ley de incompatibilidades. Esta incorrección parece traer causa de la modificación del antecitado precepto por la Disposición Final Cuarta del EBEP, siendo que la nueva redacción de dicho precepto de la Ley de incompatibilidades identifica la sede en que se regulan las retribuciones complementarias (EBEP), y aquella en la que se regula la incompatibilidad del personal que, entre aquellas que perciba, se incluya el factor de incompatibilidad (Ley de incompatibilidades). Dicha circunstancia produce una incoherencia dentro del art. 16.1 de la Ley de incompatibilidades que debe superarse prescindiendo de esa referencia al «art. 24 del *presente* Estatuto» y entendiendo, sin más, que se refiere «al art. 24 del EBEP».

De otra parte, al enumerarse los tipos de personal sobre los que se proyecta la incompatibilidad absoluta que establece este art. 16.1 de la Ley de incompatibilidades, desde el punto de vista ortográfico, es necesario separar utilizando una coma (,) la referencia al primero de esos tipos de personal (el que, entre sus retribuciones complementarias se incluya el factor de incompatibilidad) y el resto de supuestos (el personal retribuido por arancel y el personal directivo); la ausencia de dicho signo ortográfico dificulta la lectura del precepto.

a todas las categorías de empleados mencionadas en el art. 16.1 de la Ley de incompatibilidades. Únicamente respecto del personal que percibe complementos específicos el mantenimiento del régimen anterior (incompatibilidad total, con la excepción que dispone el apartado 4 del mismo art. 16 LI para el personal que desempeñe puestos de trabajo que comporten la percepción de complementos específicos, o concepto equiparable, cuya cuantía no supere el 30% de su retribución básica, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad) permite solventar los problemas que, en esta situación de transitoriedad, y hasta que entren en vigor las Leyes de Función Pública en desarrollo del EBEP, puedan provocar la indeterminación del régimen de retribuciones complementarias a que se refiere, en especial, el apartado b del art. 24 EBEP. Para este supuesto es para el que está pensada la pervivencia de la normativa anterior, que decaerá en cuanto se determine —como dice el propio apartado 2 de la Disposición Final Cuarta EBEP— el régimen de retribuciones complementarias por la correspondiente Ley de Función Pública que desarrolle las prescripciones contenidas en el Capítulo III del Título III del EBEP. Sin embargo, esa eficacia “diferida” de la regla de la incompatibilidad absoluta contenida en el art. 16.1 de la Ley de incompatibilidades carece de sentido respecto del personal retribuido por arancel y el personal directivo. Por lo tanto, debe corregirse en vía interpretativa la conclusión a la que parece conducir la literalidad del apartado 2 de la Disposición Final Cuarta del EBEP¹⁷.

Una última consideración debemos realizar respecto de las incompatibilidades del personal directivo. El ya mencionado RD. 451/2012, de 5 de marzo, ha introducido un supuesto de incompatibilidad económica específico para los directivos del sector público empresarial estatal, estableciendo la incompatibilidad para percibir, junto a sus retribuciones, las indemnizaciones por concurrencia a las reuniones de órganos colegiados de la Administración, de órganos de administración de organismos públicos y de consejos de administración de empresas con capital o control públicos previstas en la letra a) del apartado 1 del artículo 27 del RD. 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio (art. 8).

5. Evaluación del desempeño de los directivos públicos

Uno de los aspectos más novedosos del EBEP fue la regulación con carácter básico de la evaluación del desempeño, con el objetivo, no sólo de impulsar la calidad de las Administraciones públicas, garantizando el derecho de los ciudadanos a una buena administración, sino de estimular la iniciativa, el esfuerzo y la dedicación del empleado público, de reforzar la capacidad de dirección de los superiores y de exigir responsabilidades. El desarrollo de un buen sistema de evaluación del desempeño permite avanzar en la modernización y mejora de las Administraciones públicas, basada en los principios de eficacia y eficiencia¹⁸. Sin embargo, en nuestro país no existe una auténtica “cultura evaluadora”, a pesar de que los

¹⁷ Esa ha sido la interpretación seguida por la Administración General del Estado, aunque no existe norma de rango legal de desarrollo del EBEP. La *Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos* contiene en su apartado decimocuarto dedicado a las “incompatibilidades” una disposición que determina la efectividad de la prohibición absoluta de compatibilidad dispuesta en el art. 16.1 LI, al señalarse expresamente que «no podrá reconocerse o autorizarse compatibilidad al personal directivo, incluido el sujeto a la relación laboral de carácter especial de alta dirección, de acuerdo con la modificación operada en el apartado 1 del artículo 16 de la Ley 53/1984».

¹⁸ En primer lugar, posibilita la adopción de decisiones administrativas, fundamentalmente las relacionadas con las promociones, los ascensos, los despidos o las recompensas. En segundo lugar, procura retroalimentación, ya que se informa a los empleados sobre los resultados de su trabajo y sobre cómo mejorarlo, llevando a cabo un *feedback* en relación al desempeño de su actividad.

estudios doctrinales y la conciencia social parecen reclamar cada vez con mayor énfasis la necesidad y oportunidad de dicho control.

Para conseguir este necesario —y reclamado— cambio en la cultura evaluadora de nuestro modelo de empleo público, la evaluación debe ser relevante, fiable, flexible y práctica. La *relevancia* se refiere a que el objeto de la evaluación sea un comportamiento importante para la organización, en el sentido de que una mala ejecución u omisión tenga consecuencias objetivables. La evaluación será *fiable* cuando la medida utilizada al evaluar sea consistente y estable, de manera que los resultados no dependan del evaluador. La *flexibilidad* alude a la posibilidad de adaptar la evaluación a cada empleado en función de las tareas, objetivos y medios que se le hayan asignado. Y, por último, una evaluación *práctica* exige claridad en la definición de lo que se mide, el momento en el que se mide y la forma en la que la valoración se lleva a cabo.

Tales requisitos no son sino aplicación de los principios que rigen toda actuación administrativa, como la transparencia o la publicidad, y resultan refrendados por el art. 14.e) del EBEP, que reconoce el derecho de los empleados públicos a «participar en la consecución de los objetivos atribuidos a la unidad donde preste sus servicios y a ser informado por sus superiores de las tareas a desarrollar». El problema es que el artículo 20 del EBEP resulta insuficiente para conocer de manera adecuada la forma de llevar a cabo la evaluación, es decir, cuál debe ser su contenido *a)*, en qué momento se llevará a cabo *b)*, conforme a qué procedimiento *c)*, quién la realizará *d)* y cuáles serán sus efectos *e)*.

a) Con relación al *contenido* de la evaluación, el art. 20.1 del EBEP establece que se analizarán tanto la conducta profesional, como el rendimiento o el logro de resultados. La conducta profesional se relaciona con el código de conducta del empleado público, regulado en los artículos 52 a 54 del EBEP. Por otra parte, la referencia al “rendimiento” como objeto de evaluación permite no limitarse exclusivamente a valorar la cantidad de trabajo realizado, sino atender conjuntamente a otros factores como su calidad, el coste, el momento de finalización o la equidad, así como a los medios personales y materiales de los que se dispone para desarrollar el trabajo.

En especial sobre la evaluación del desempeño del personal directivo, lo más complicado es, precisamente, la inconcreción de los resultados que debe alcanzar, ante la indefinición de cuáles deben ser las funciones directivas. Como hemos dicho, el art. 13.1 del EBEP se limita a establecer que «es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración.» Toda función se compone de dos factores: la tarea a realizar y la responsabilidad que conlleva; sin embargo, en el EBEP no se especifican ni una ni otra, sino que se remite a las normas de desarrollo o a lo establecido por los legisladores autonómicos. En todo caso será necesario que los objetivos a lograr hayan sido delimitados con carácter previo a la evaluación y que se hayan comunicado a la persona encargada de conseguirlos, además de que consten en la relación de puestos de trabajo o instrumento similar. Parece adecuado establecer que la función directiva incluye

En tercer lugar, permite el desarrollo y el crecimiento profesional, facilitando la participación en los cursos de formación necesarios para cada uno de los empleados en atención a los resultados obtenidos en la evaluación. Por último, permite comprobar el funcionamiento de las prácticas de gestión de recursos humanos, que desde la modificación efectuada por el EBEP ha adquirido una importancia trascendental.

siempre la dirección, coordinación, evaluación y mejora de los servicios, recursos o programas presupuestarios asignados, así como la rendición periódica de cuentas¹⁹.

b) Por lo que se refiere al *momento* en el que la evaluación se llevará a cabo, la exposición de motivos del EBEP establece que ha de ser “periódica”. Sin embargo, en el articulado de la Ley no se concreta dicha periodicidad, por lo que habrá que atender a lo dispuesto en la normativa de desarrollo. El momento puede variar atendiendo al objetivo buscado por la evaluación y a los efectos que se deriven de la misma. Partiendo de que su finalidad principal es impulsar la calidad de las Administraciones públicas y motivar a los empleados, parece que lo más adecuado sería potenciar la “retroalimentación”, es decir, que tanto el empleado público como la Administración pudieran actuar o reaccionar en función del resultado de la evaluación, lo cual desaconseja que se haga al terminar el contrato o el periodo de tiempo durante el cual se desarrolla la función directiva²⁰. Otra posibilidad es que la evaluación del desempeño no se vincule a una periodicidad determinada, sino que se haga depender de los efectos concretos derivados de la misma. Sería el supuesto de las evaluaciones realizadas para promocionar en la carrera profesional (posibilidad de ascenso vertical u horizontal), o para proveer o mantener puestos de trabajo.

c) La *forma o el procedimiento* conforme al cual se llevará a cabo la evaluación está predeterminada por los principios establecidos con carácter general en el artículo 20.2 del EBEP: transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación; y, para el personal directivo, en el art. 13.3 del EBEP: eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados. Asimismo será esencial que el empleado haya participado en la fijación de los mencionados requisitos.

d) Para conseguir el cumplimiento de estos principios resulta relevante la previsión de un sistema de reclamaciones en los casos de desacuerdo con el resultado de la evaluación o con la forma en la que se haya llevado a cabo. La posibilidad de recurrir nos conduce a la necesaria determinación del *sujeto activo de la evaluación*, que el EBEP remite en su totalidad a las normas de desarrollo, y exige al evaluador que exponga los criterios que le han llevado al concreto resultado de su evaluación. Experiencias anteriores nos llevan a considerar que la aplicación de un sistema de evaluación del desempeño aumentará las reclamaciones y la conflictividad jurídica, por lo que sería conveniente prever que las reclamaciones sean resueltas por órganos especializados²¹. Ante la indefinición del EBEP podría optarse tanto por *evaluadores externos*, en cuyo caso se debería determinar qué relación tienen con la Administración; como por *evaluadores internos*, si bien es cierto que el riesgo de clientelismo en esta opción es evidente, y se añade la complicación de que los superiores del personal directivo serán políticos. Cabría optar por una

¹⁹ Así se dispone, por ejemplo, en el art.13.1 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, que resume en gran medida los pronunciamientos doctrinales emitidos al respecto, así como otras previsiones normativas sobre la materia.

²⁰ En este sentido, la Ley 10/2010, de 9 de julio, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana establece un plazo anual, exigido mediante la obligación de presentar una memoria en la que se dé cuenta del resultado de la gestión efectuada y de los resultados logrados en relación con los objetivos previamente fijados (art. 20.5), plazo que se inserta en el periodo máximo improrrogable de dos años establecido para los nombramientos del personal directivo profesional (art. 20. 1).

²¹ En este sentido, el art. 66.7 de la Ley de Castilla-La Mancha prevé la creación de órganos colegiados de evaluación para analizar los resultados de las evaluaciones del desempeño efectuadas, que serán asimismo competentes para resolver las reclamaciones que se presenten contra los resultados de la misma, previéndose que las reclamaciones presentadas ante estos órganos sustituirán a los recursos administrativos ordinarios. Además del castellano-manchego, otros legisladores autonómicos han optado por la creación de órganos colegiados, ya sea una comisión técnica (art. 121.3 de la Ley valenciana) o una Comisión de Evaluación del Desempeño (art. 70.3 de la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León), comisión que deberá valorar el desempeño del personal directivo y en la que uno de sus miembros será nombrado a propuesta de las Centrales Sindicales.

evaluación multinivel en la que participaran tanto los ciudadanos-administrados, como el personal al servicio del directivo y sus superiores, además de abrirse a la posibilidad de que participen evaluadores externos que doten de un mayor grado de objetividad e imparcialidad al resultado final de la evaluación.

e) Quizá el aspecto más relevante de la evaluación del desempeño sea el *efecto o las consecuencias*, tanto positivas como negativas, que se pueden derivar de su realización, y que deberán articularse mediante el establecimiento de un régimen disciplinario o a través de un sistema de incentivos relacionados con la carrera profesional y/o las retribuciones. El art. 20.3 del EBEP dispone que los efectos de la evaluación podrán extenderse sobre cuatro ámbitos: la carrera profesional horizontal, la formación, la provisión de puestos de trabajo y la percepción de las retribuciones complementarias, instando a las Administraciones públicas a que determinen el alcance de dichos efectos. A estos cuatro ámbitos es preciso añadir la posibilidad de compatibilizar el trabajo en una Administración con un trabajo privado, ya que para ello el empleado público deberá cumplir el horario y la jornada de trabajo en la Administración y, además, superar positivamente las evaluaciones periódicas que se realicen de su desempeño. De esta manera, un resultado negativo de dicha evaluación puede acarrear la revocación de la compatibilidad acordada, sin perjuicio de otras posibles consecuencias jurídicas.

La carrera profesional no es sólo un derecho de los empleados que incide notablemente en su motivación; es también un medio por el que las organizaciones públicas velan por el logro de sus objetivos y por la mejor prestación del servicio público. Para que la progresión en la carrera profesional no se distancie de los objetivos buscados con ella, será preciso evitar que esta forma de promoción se convierta en una mera prima por antigüedad, desvinculada del ejercicio efectivo de las funciones que se tienen encomendadas. Es decir, se debe adaptar el ritmo de ascenso a las evaluaciones obtenidas, de manera que el que trabaja más y mejor pueda ascender más rápido, evitando siempre que dicho “ascenso” sea automático.

En este sentido se prevé la posibilidad, criticada por cierto sector doctrinal, de que la evaluación tenga como consecuencia el retroceso en la carrera profesional. El art. 20 del EBEP, en sus apartados 4 y 5, ampara esta interpretación al supeditar la continuidad y el cese en un puesto de trabajo a la evaluación del desempeño de acuerdo con los sistemas objetivos de evaluación establecidos por cada Administración Pública, dándose audiencia al interesado y mediando resolución motivada. La existencia de un marco normativo que garantice la legalidad y la oportunidad de dicha remoción o cesión, evitará que tales efectos se utilicen como una potestad coactiva paralela y discrecional sin las garantías del procedimiento disciplinario para los funcionarios. En todo caso, para que medien estas consecuencias, será necesario que se haya fijado previamente el estándar de rendimiento suficiente exigido que permita apreciar por comparación si el que ofrece el funcionario removido está por debajo de aquél. No obstante, estos aspectos deberán establecerse en las normas de desarrollo, teniendo en cuenta la consideración que tengan los directivos (fundamentalmente si ostentan o no la condición de funcionarios) y el tiempo que hayan estado desempeñando esa función. La existencia de una “carrera directiva”, no desarrollada en la actualidad, serviría de estímulo y motivación para los directivos.

La evaluación del desempeño puede generar también la necesidad de mejorar la formación del empleado. Desde esta perspectiva, la participación en actividades formativas no es sólo un derecho, sino que se configura también como una obligación orientada a mejorar la capacitación profesional del empleado. Para

ello se deberían establecer itinerarios formativos realistas y adecuados para ascender en grados o niveles, adaptados a los horarios laborales y orientados al concreto desempeño de los empleados.

Finalmente, la evaluación del desempeño puede afectar al ámbito retributivo, según hemos dicho ya. La constatación de que se están desempeñando correctamente las funciones encomendadas tendrá efectos específicos en la cuantía que perciben los empleados públicos, lo que supone una clara motivación para el buen desempeño de sus tareas y, en consecuencia, una mejora del funcionamiento de la Administración. Para que no pierdan su finalidad, los complementos derivados de la evaluación del desempeño no deben convertirse en una prima por antigüedad, sino que deben ser incentivos reales, dependientes del concreto ejercicio de las actividades del empleado, sin que se generalice su devengo sin causa objetiva y suficientemente fundamentada.

6. Bibliografía básica

BERMEJO VERA. *El personal directivo en las Administraciones públicas*. Navarra: Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

JIMÉNEZ ASENSIO. *Directivos públicos*. Oñate: IVAP, 2006.

JIMÉNEZ ASENSIO. *El personal directivo en la Administración local*. Barcelona: CEMICAL, Diputación de Barcelona, 2009.

JIMÉNEZ ASENSIO; VILLORIA y PALOMAR OLMEDA. *La dirección pública profesional en España*. Madrid: IVAP, Marcial Pons, 2009.

MAESO SECO. «El personal directivo». En: ORTEGA ÁLVAREZ, L. (dir): *Estatuto Básico del Empleado Público*. Madrid: La Ley-El Consultor, 2007, pp. 107-174.

ORTEGA ÁLVAREZ y MAESO SECO. *La alta dirección pública: análisis y propuestas*. Madrid: INAP, 2010.

PARADA VÁZQUEZ. *Derecho del Empleo Público*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

ROMÁN RIECHMANN; SÁNCHEZ MORÓN, y VELÁZQUEZ LÓPEZ. «Líneas de reforma del empleo público». Ob.col. *Estudios para la reforma de la Administración pública*. Madrid: INAP, 2004, pp. 479-516.

SERRANO PASCUAL, A. *El personal de confianza política de las entidades locales. La libre designación, el personal eventual y los directivos*. Madrid: La Ley-El consultor, 2010.

VILLORIA, M. y PALOMAR, A.. *La dirección pública profesional en España*. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública, Marcial Pons, 2009.