

EAPC - Comentaris d'actualitat en matèria de personal al servei de les administracions públiques catalanes i el seu sector públic



L'alta direcció en el sector públic de la Generalitat de Catalunya

13-05-2022

El concepte d'alta direcció en el sector públic

El Reial decret 1382/1985, d'1 d'agost, regula la relació laboral de caràcter especial del personal d'alta direcció (en endavant, RDPAD).

El primer problema que es va plantejar en el seu moment feia referència a la possibilitat d'encaixar el concepte de "directiu del sector públic" en la definició que proporcionava el RDPAD, que considera "personal d'alta direcció" els treballadors que exerceixen poders inherents a la titularitat jurídica de l'empresa i relatius als objectius generals amb autonomia i plena responsabilitat, només limitada pels criteris i les instruccions directes emanats de la persona o dels òrgans superiors de govern i administració de l'entitat (art. 1.2 del RDPAD).

Com es pot comprovar, el fet d'exercir poders inherents a la titularitat jurídica de l'empresa difícilment es podria aplicar a les posicions directives del sector públic. Un dels primers casos en què es va plantejar aquesta qüestió va ser respecte dels titulars dels òrgans de direcció dels centres sanitaris de l'Institut Nacional de Salut. El Tribunal Suprem (TS), en la Sentència de 2 d'abril de 2001, va tenir ocasió de pronunciar-se en el sentit que no era exigible la concurrència dels requisits establerts en el RDPAD, atès que, en cas contrari, es deixaria sense efecte la disposició addicional desena de la Llei 30/1999, de 5 d'octubre, que determinava expressament la cobertura d'aquests llocs per personal d'alta direcció. L'existència d'una norma amb rang legal que qualificava expressament d'"alta direcció" determinades posicions directives, va ser l'element determinant perquè aquesta jurisprudència inicial desplaçés en l'àmbit públic la definició de la normativa general aplicable a les relacions especials d'alta direcció. La jurisprudència posterior ha seguit, amb més o menys fortuna, aquesta estela i ha corroborat que, sense una norma administrativa de rang legal explícita que qualificués aquestes relacions com d'alta direcció, calia examinar en el sector públic la concurrència dels requisits exigits en el RDPAD.

L'entrada en vigor de l'Estatut bàsic de l'empleat públic aprovada pel Reial decret legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'Estatut bàsic de l'empleat públic (TREBEP), canvia aquest escenari inicial. L'article 13 del TREBEP estableix expressament la figura del personal directiu i estableix un seguit de regles comunes aplicables al directiu públic professional. D'entrada, defineix formalment qui s'ha de considerar personal directiu: són els qui desenvolupen funcions directives professionals en les administracions públiques que es defineixin així en les normes específiques de cada administració. S'observa que no es defineix materialment o funcionalment qui cal considerar directiu públic professional, sinó que es conforma a remetre a les normes específiques de les administracions públiques perquè siguin aquestes les que defineixin les posicions que cal considerar directives. D'altra banda, disposa expressament que si el personal directiu té la condició de personal laboral s'ha de subjectar a la relació laboral de caràcter especial d'alta direcció.

Com es pot observar, aquest article 13 del TREBEP modula la definició de "personal directiu" establerta en el règim comú de l'alta direcció. Han de ser les normes específiques de cada administració (entre les quals es poden considerar els estatuts de les entitats públiques, mentre que cal entendre que no n'hi hauria prou amb un simple organigrama de l'entitat), les que concretin quins llocs o funcions s'han de considerar d'alta direcció, independentment de la definició material o funcional que proporciona el RDPAD.

No obstant l'anterior, cal ser prudents en la delimitació dels llocs de treball que es poden qualificar de directius (vinculats mitjançant un contracte d'alta direcció si exerceixen funcions laborals), perquè la jurisprudència del TS (entre d'altres, la Sentència de 16 de març de 2015, RJ 2015, 1013) deixa clar que sense la concurrència d'una norma legal habilitant cal atènyer-se necessàriament al concepte de "personal d'alta direcció" del RDPAD.

D'altra banda, s'ha de recordar que l'article 13 del TREBEP no és aplicable a les societats mercantils i a les fundacions del sector públic, per tant, en aquestes entitats no hi ha més remei, a l'efecte de qualificar d'alta direcció una relació laboral, que contrastar les funcions atribuïdes amb els requisits establerts en el RDPAD.

Pel que fa al sector públic de la Generalitat de Catalunya, s'ha de tenir en compte l'existència d'una norma específica amb rang legal que defineix, des del punt de vista material, què cal entendre per "directiu del sector públic" i que disposa, alhora, que s'ha de vincular necessàriament mitjançant un contracte d'alta direcció; d'acord amb el punt 1.2 de la disposició addicional 21 de la Llei 2/2014, del 27 de gener, de mesures fiscals, administratives, financeres i del sector públic, que assenyala el següent:

“Als efectes del que estableix aquesta disposició, són personal directiu del sector públic les persones que, en règim de dedicació única o principal, ocupen llocs o càrrecs qualificats expressament com a directius en les normes de creació o regulació de les entitats, que impliquen l'exercici de funcions d'especial responsabilitat gerencial o executiva, enteses com a funcions que comporten participació directa en la definició i l'execució de polítiques públiques relatives als objectius generals o estratègics i que comprometen externament l'organització. Així mateix, actuen sota la dependència exclusiva del màxim òrgan de govern o exerceixen funcions amb autonomia i responsabilitat limitades per les instruccions o els criteris emesos per aquests màxims òrgans de govern.”

La delimitació correcta de les funcions directives i el seu encaix en el règim contractual d'alta direcció no és una simple qüestió teòrica, sinó que té una importància decisiva ateses les conseqüències econòmiques que podria comportar una qualificació defectuosa. Efectivament, si es produeix el desistiment de l'empresari o empresària i el directiu o directiva interposés demanda per acomiadament improcedent argumentant que, malgrat haver formalitzat un contracte d'alta direcció, la seva relació era laboral comuna en atenció a l'abast de les funcions desenvolupades, l'estimació de la demanda determinaria l'efectiva qualificació de l'acomiadament com a improcedent, la qual cosa ens remetria a l'aplicació del règim comú de l'Estatut dels treballadors de tal manera que: la indemnització seria molt més elevada que la pròpia del desistiment empresarial en l'alta direcció; en el càlcul de la indemnització s'haurien de computar tots els conceptes retributius (a diferència del desistiment empresarial en el règim d'alta direcció, com veurem més endavant) i caldria abonar els salaris de tramitació (inexistents en el règim especial d'alta direcció).

L'accés a la condició de personal directiu

L'article 13 del TREBEP estableix que la designació de directius públics s'ha de fer d'acord amb els principis de mèrit i capacitat, així com d'idoneïtat, mitjançant procediments que garanteixin la publicitat i la concurrència. Per tant, en aquest tipus de processos de selecció, que s'implementen al marge de tota negociació col·lectiva, són determinants els criteris d'idoneïtat. Així, juntament amb els mèrits més objectius o objectivables, també són generalment objecte de valoració les habilitats i les capacitats concretes, com ara el comandament, la comunicació, el lideratge, etc. Aquests darrers elements introdueixen, com és evident, un factor de discrecionalitat en la designació, propi de la relació de confiança implícita en aquests tipus de relacions, molt més accentuat que en la provisió regular de llocs de treball no directius.

En definitiva, i mentre no es disposi d'una regulació específica del personal directiu, el cert és que en el model del TREBEP s'exigeix publicitat i lliure concurrència, per tant, cal comptar amb els candidats que disposen de competències mínimes per desenvolupar el càrrec directiu, sens perjudici de deixar un marge de discrecionalitat a l'òrgan que ha de designar la persona adequada (idoneïtat), prèvia realització de les entrevistes o d'altres proves que es considerin adients.

En aquest sentit avança tímidament l'article 57 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, que exigeix a les administracions donar a conèixer els criteris conforme als quals es designa una persona per ocupar un alt càrrec i disposa, de manera certament genèrica, que la designació s'ha de fer atenent a criteris de competència professional, entre persones amb qualificació i experiència en llocs de responsabilitat en la gestió pública o privada. En aquest sentit, s'ha de recordar que tenen la condició d'alt càrrec, pel que fa al títol relatiu al bon govern, les persones subjectes al règim d'incompatibilitats dels alts càrrecs al servei de la Generalitat –és a dir, la gran majoria de càrrecs directius a què fa referència la disposició addicional 21 de la Llei 2/2014, del 27 de gener- i, pel que fa a l'Administració local, els titulars d'òrgans superiors i directius, d'acord amb el que estableix la legislació de règim local.

En l'àmbit de la Generalitat de Catalunya, s'ha de considerar que el sistema de publicitat, així com els terminis mínims de les convocatòries i ofertes de contractacions temporals, no són aplicables a les contractacions en règim d'alta direcció, segons disposa l'Acord de Govern de 13 de juny de 2017, sobre criteris per a la formalització de nomenaments i contractacions de personal temporal en l'àmbit de l'Administració de la Generalitat de Catalunya i el seu sector públic.

El darrer intent en l'àmbit de la Generalitat d'establir un procediment obert d'accés i avaluació de candidatures es va dur a terme en el Projecte de llei d'ordenació del Sistema de Direcció Pública Professional de l'Administració de la Generalitat i el seu sector públic. Aquest projecte, que finalment no va prosperar, disposava que la selecció es fes mitjançant una convocatòria oberta a persones que acreditessin determinades competències i experiència professional rellevant, i posteriorment una comissió d'avaluació *ad hoc* valoraria totes les candidatures i proposaria a l'òrgan competent per a la contractació una llista d'entre tres i cinc candidatures, perquè designés finalment la persona que considerés més adequada.

Règim jurídic de l'alta direcció en el sector públic

A la relació laboral especial d'alta direcció en el sector públic, li són aplicables les normes amb rang legal i reglamentari específiques d'aquesta relació i la regulació comuna de l'alta direcció. Per tant, el RDPAD únicament s'ha d'entendre aplicable subsidiàriament en tot allò que no s'oposi a aquesta regulació específica. En aquest sentit, l'article 13 del TREBEP habilita expressament els òrgans de govern de les comunitats autònomes a establir el règim jurídic específic del personal directiu, per tant, sembla obrir un marge de regulació al legislador autonòmic (certament l'habilitació de la norma bàsica hi és als governs, però si el que es persegueix és disposar d'un règim jurídic permanent i estable l'opció legal és sempre preferible), tot i que, com sabem, la legislació laboral és competència estatal (*ex art. 149.1.7 de la CE*).

Passem a concretar les limitacions i les singularitats pròpies de la relació especial d'alta direcció que es desprèn directament de la naturalesa pública de l'ens o entitat contractant, incloent-hi les societats mercantils i les fundacions públiques tot i la seva naturalesa privada.

a) El particular règim d'incompatibilitats

En l'àmbit de la Generalitat, el personal amb contracte d'alta direcció generalment és sotmès al règim jurídic de les incompatibilitats dels alts càrrecs. D'acord amb la Llei 13/2005, del 27 de desembre, del règim d'incompatibilitats d'alts càrrecs al servei de la Generalitat, els càrrecs directius i executius de les empreses públiques, incloent-hi consorcis i fundacions majoritaris, hi estan subjectes sempre que percebin retribucions assimilades al càrrec de director general o directora general de l'Administració de la Generalitat.

Aquest règim específic d'incompatibilitats es caracteritza per l'aplicació de tres principis generals: un de principal, com és el de la dedicació absoluta al càrrec i la retribució única, i els altres relacionats amb el conflicte d'interessos, com són el deure de lleialtat i el deure d'abstenció, aquests dos darrers coincidents, amb matisos, amb els deures relacionats a la Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern.

El principi de dedicació absoluta al càrrec comporta la prohibició d'exercir cap altre lloc, càrrec, representació, professió o activitat mercantil, professional o industrial durant el seu mandat. Totes aquestes activitats estan prohibides, amb les limitades excepcions que s'hi estableixen, ja siguin de caràcter públic o privat, remunerades o no, o per compte propi o aliè. D'altra banda, el principi de retribució única implica que només es poden percebre les retribucions pressupostàriament establertes per al càrrec principal que ocupen, per tant, hi ha la prohibició de percebre retribucions, compensacions o pensions públiques, així com altres retribucions provinents d'activitats privades. Aquest principi de retribució única s'aplica sens perjudici del dret a la percepció de dietes, assistències i altres indemnitzacions vinculades a l'exercici del càrrec. No obstant això, val a dir que actualment el punt 2.6 de la disposició addicional 21 de la

Llei 2/2014 impedeix percebre cap tipus de dret d'assistència per concórrer a reunions d'òrgans de govern, de consells d'administració o de qualsevol altre òrgan col·legiat de l'Administració de la Generalitat i de les entitats, ens o empreses del seu sector públic, sens perjudici del dret a percebre assistències per la participació en òrgans de selecció del personal.

b) La subjecció al codi de conducta i a un règim sancionador específic per incompliments en l'exercici del càrrec

El personal d'alta direcció del sector públic de la Generalitat està subjecte, a més, al que estableix el Codi de conducta dels alts càrrecs i personal directiu de l'Administració de la Generalitat i de les entitats del seu sector públic, aprovat per l'Acord de Govern de 21 de juny de 2016, així com al particular règim sancionador establert per la Llei 19/2014, del 29 de desembre. En aquest aspecte ens remetem a l'exposició més detallada de l'apunt en què es comentava el [règim de responsabilitats dels alts càrrecs i del personal directiu al servei de l'Administració de la Generalitat en l'exercici de les seves funcions](#).

c) Les limitacions de tipus retributiu

El punt 2.2 de la disposició addicional 21 de la Llei 2/2014 estableix que les retribucions íntegres anuals globals del personal directiu, incloent-hi tots els conceptes, llevat, si escau, de les retribucions variables, no poden ser en cap cas superiors a les fixades per al càrrec de conseller o consellera del Govern de la Generalitat o les que es determinin anualment en les lleis de pressupostos, i s'han d'assimilar, amb caràcter general, a les retribucions fixades per als alts càrrecs o càrrecs de comandament al servei de la Generalitat.

En conseqüència, es pot observar una limitació legal absoluta en el sentit que les retribucions que es fixin, sense computar les variables, en cap cas no poden superar les establertes per als consellers del Govern de la Generalitat –117.827,70 euros anuals per al 2022. La mateixa disposició addicional 21, en el punt 2.1, estableix que l'estructura retributiva dels directius és conformada per una assignació bàsica, un complement de càrrec i, si escau, una retribució variable en funció dels objectius o els resultats assolits.

Pel que fa a les retribucions variables, l'article 13 del TREBEP disposa que el personal directiu ha d'estar subjecte a avaluació d'acord amb els principis d'eficàcia i eficiència, responsabilitat per la gestió i control de resultats en relació amb els objectius que els hagin fixat. Les retribucions variables per objectius i resultats estan directament lligades a la responsabilitat esmentada, i la disposició addicional 21 de la Llei 2/2014, en l'àmbit del sector públic de la Generalitat, disposa que les retribucions variables poden formar part de l'estructura retributiva dels directius.

Al seu torn, l'article 31 de la Llei 1/2021, del 29 de desembre, de pressupostos de la Generalitat de Catalunya per al 2022, que aixeca les limitacions de percebre retribucions variables per a l'any 2022, disposa que es pot reconèixer al personal directiu a què fa referència l'apartat 1 l'abonament de les retribucions variables que tinguin reconegudes en el contracte o nomenament en funció del compliment d'objectius definits per a l'exercici 2022. Segueix dient l'article que l'establiment en el contracte de retribucions variables en funció del compliment d'objectius, la concreció anual dels objectius i la seva avaluació i acreditació, han de ser aprovats pels departaments als quals estiguin adscrites les entitats afectades, i s'han d'ajustar als criteris i al procediment de control fixats pel Govern. Actualment, l'Acord de Govern de 30 de març de 2010 fixa el procediment per determinar els objectius i una limitació de les retribucions variables a un 10% de les retribucions fixes.

En les clàusules contractuals d'alta direcció res no impedeix incorporar retribucions per antiguitat, però tenint en compte una clara limitació: en cap cas no es poden reconèixer antiguitats superiors a les que corresponen als serveis prestats per raó del contracte signat (punt 3.1 de la disposició addicional 21 de la Llei 2/2014), és a dir, en cap cas no es poden computar els serveis prestats amb anterioritat a la contractació d'alta direcció perquè siguin abonats en concepte d'antiguitat en el marc de la relació especial que ens ocupa. Una cosa diferent és el reconeixement de complements d'antiguitats en els casos de vinculació anterior de caràcter permanent amb el sector públic. En aquest sentit, les disposicions addicionals 17, 18 i 19 de la Llei 22/2021, de 28 de desembre, de pressupostos generals de l'Estat per a l'any 2022, estableixen que la contractació per part d'entitats de dret públic, consorcis, societats mercantils i fundacions públiques de personal funcionari, estatutari o laboral amb una relació preexistent fixa i indefinida en el sector públic estatal, autonòmic o local, genera el dret a percebre el complement d'antiguitat en la mateixa quantia que s'anava percebent. Ens trobem en un supòsit especial de reconeixement d'antiguitats pel fet de disposar d'un vincle de caràcter permanent amb el sector públic, per tant, es reconeix expressament un dret que, en principi, no els hauria de correspondre, atès que la situació administrativa més habitual en aquests casos és l'excedència per incompatibilitats que, a diferència dels serveis especials o excedències forçoses, no reconeix el dret a percebre els triennis que tenen reconeguts per la seva condició de funcionari o laboral fix.

La fixació de les retribucions en els contractes d'alta direcció subscrits en el sector públic de la Generalitat requereix, així mateix, el compliment de determinats requisits previs exigits per les lleis de pressupostos anuals. L'article 35 de la Llei 1/2021, del 29 de desembre, de pressupostos de la Generalitat de Catalunya per al 2022, disposa que la determinació inicial i la modificació de les retribucions del personal directiu a què fa referència la disposició addicional 21 de Llei 2/2014 han de ser autoritzades per la Comissió de Retribucions i Despeses de Personal fins que no es dugui a terme el desplegament reglamentari del règim retributiu dels directius públics i, si superen les retribucions fixades per als secretaris generals (93.905,40 € per al 2022), han de ser autoritzades mitjançant acord de Govern de la Generalitat. A aquests efectes, no es considera fixació de retribucions i, per tant, no es requereixen aquestes autoritzacions, les modificacions de retribucions del personal directiu que impliquin una minva retributiva respecte de l'anterior ocupant i les que consisteixin exclusivament en l'aplicació de l'increment legalment autoritzat.

Finalment, s'ha d'assenyalar que els contractes laborals d'alta direcció que s'hagin de subscriure s'han de comunicar al departament competent en matèria de funció pública -en concret, a la Direcció General de Funció Pública. L'apartat 4.2 de l'Acord de Govern de 6 de setembre de 2011 estableix que les entitats, els ens i les empreses trametin, mitjançant el departament d'adscripció, una còpia dels contractes d'alta direcció a la Direcció General de Funció Pública a l'efecte de verificar l'adequació de les clàusules contractuals a la normativa aplicable.

d) Les limitacions pel que fa a les indemnitzacions per extinció contractual per desistiment de l'empresari o empresària i preavís

El punt 7 de la disposició addicional vuitena de la Llei 3/2012, de 6 de juliol, de mesures urgents per a la reforma del mercat laboral, imposa certes limitacions a les entitats del sector públic autonòmic i local en matèria d'extinció contractual de contractes d'alta direcció, i estableix, addicionalment, la nul·litat radical de les clàusules contractuals que s'oposin a aquestes determinacions legals o les contradiguin.

L'extinció per desistiment de l'empresari o empresària dels contractes d'alta direcció, sigui quina sigui la data de la formalització, únicament dona lloc a una indemnització no superior a set dies per any de servei de la retribució anual en metàl·lic, amb un màxim de sis mensualitats. En matèria d'indemnitzacions per extinció contractual, com podem observar, únicament opera aquesta limitació relativa al desistiment de l'empresari o empresària, per la qual cosa en matèria d'indemnització per acomiadament improcedent no hi ha limitacions o restriccions en les indemnitzacions que s'han d'abonar. S'observa igualment que la disposició legal de referència fixa la indemnització en un mínim de set dies per any de servei, per la qual cosa es podria pensar que seria lícita la clàusula contractual que minorés el límit esmentat, sense que arribi a desaparèixer. També s'observa una altra limitació pel fet que el càlcul de la indemnització s'efectua sobre la retribució anual en metàl·lic, però circumscrita exclusivament a la retribució fixa íntegra i total, amb exclusió expressa dels incentius o complements variables, si n'hi ha.

S'estableix igualment una altra limitació respecte del preavís en el cas del desistiment empresarial, que es redueix a un màxim de quinze dies, a diferència del mínim de tres mesos establert en l'article 11 del RDPAD. En el cas d'incomplir el preavís, el càlcul s'ha de fer amb l'import de la retribució, per tant, no és aplicable la limitació imposada per calcular la indemnització per desistiment i s'han de computar igualment els conceptes retributius variables.

A més de les limitacions esmentades, s'afegeix una exclusió absoluta de la indemnització per desistiment de l'empresari o empresària en el cas que la persona afectada sigui funcionari de carrera de qualsevol administració pública, o personal laboral fix amb reserva del lloc de treball. La finalitat d'aquesta determinació, que es recomana d'incorporar en les clàusules contractuals, és evitar que les persones que tinguin la condició de funcionaris o disposin de la possibilitat de reincorporar-se de manera immediata al sector públic puguin percebre una indemnització establerta per compensar la incertesa d'una hipotètica reincorporació a l'activitat laboral privada.

Totes aquestes limitacions són aplicables també, d'acord amb el punt 5 de la disposició addicional vuitena de la Llei 3/2012, als contractes subscrits amb anterioritat a l'entrada en vigor de la Llei. S'ha plantejat el dubte sobre la modificació de les condicions pactades en contractes formalitzats amb anterioritat a les determinacions legals, no obstant que s'ha entès que les modificacions imposades legalment no tenen la consideració de modificació substancial de condicions de treball, atès que no deriven de la voluntat unilateral d'una de les parts sinó del legislador mateix. La doctrina judicial s'ha pronunciat en el sentit de no considerar vulnerats els articles 9.3 i 33.3 de la CE, ja que considera que l'aplicació de la llei no comporta la privació de cap dret que ja s'entengui que està incorporat al patrimoni del personal directiu afectat.

Finalment, cal afegir que la disposició addicional 21 de la Llei 2/2014 estableix un seguit de determinacions en aquest sentit. D'una banda, impedeix pactar clàusules d'indemnització per extinció contractual per desistiment de l'empresari o empresària o per incompliment del període de preavís. Reforça la consideració que les extincions contractuals d'alta direcció, amb independència de la data de formalització dels contractes, únicament donen dret a percebre, si escau, les indemnitzacions que determina la legislació vigent en aquesta matèria. Impedeix igualment la percepció d'indemnitzacions d'extinció contractual per desistiment de l'empresari o empresària si la persona afectada té la condició de funcionari de carrera, o bé la condició de personal laboral de qualsevol administració pública i del seu sector públic amb reserva del lloc de treball. I especifica que, en qualsevol cas, no es té dret a percebre les indemnitzacions esmentades

quan la persona afectada es vinculi amb un nou contracte d'alta direcció en el sector públic de l'Administració de la Generalitat. S'imposa als òrgans competents la impossibilitat d'incloure clàusules en els contractes d'alta direcció que, amb motiu de l'extinció contractual, generin drets d'integració en l'estructura de les administracions o d'incorporació o permanència en els ens i les entitats del sector públic, sens perjudici dels sistemes ordinaris d'accés. Finalment, es recorda la sanció amb la nul·litat de ple dret de les clàusules sobre indemnitzacions per extinció contractual que es pactin vulnerant el que disposa la llei.



Isidre Estivill i Galdón

Subdirector general d'Ordenació Jurídica i d'Inspecció General de Serveis de Personal de la
Direcció General de Funció Pública