

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

BARCELONA

Diagonal, 640 bis
08017 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (322) 231 12 20

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC 4R 1QS Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

LISBOA

Avenida da Liberdade, 131
1250-140 Lisboa
Tel.: (351) 213 408 600

DIRECTIVOS DEL SECTOR PÚBLICO ESTATAL: CONTRATACIÓN, RETRIBUCIONES, EXTINCIÓN E INDEMNIZACIONES

-CRITERIOS DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO-

Rodrigo Martín Jiménez

Profesor Titular de Derecho del Trabajo. Universidad Rey Juan Carlos
Consejero Académico de Gómez-Acebo y Pombo

La **Disposición Adicional Octava del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de reforma del mercado de trabajo**, estableció criterios novedosos en materia de retribuciones y extinciones de los contratos mercantiles o de alta dirección en el sector público estatal. Además el apartado 5, párrafo 1º de la citada Disposición Adicional, impuso la obligación de adaptar en el plazo de dos meses los contratos celebrados con anterioridad al 12 de febrero de 2012. Por su parte, la Disposición Adicional Segunda (párrafo 2º) 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 y otras entidades**, añadió que la adaptación de los contratos no podría producir ningún incremento retributivo para los máximos responsables o directivos en relación a su situación anterior. Por último, la **Instrucción 1/2012, de 28 de marzo, de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado**, contiene criterios dirigidos a los Abogados del Estado que intervergan en materia de contratos mercantiles y de alta dirección del sector público estatal.

Finalizado el plazo de adaptación (13 de abril de 2012) y a la vista de las normas e instrucción indicadas, resulta oportuno realizar las siguientes **consideraciones**:

1. Las novedades que se expondrán afectan a los máximos responsables y directivos del **sector público estatal** definido en el art. 2.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria:

- Administración General del Estado (AGE).
- Organismos autónomos, entidades públicas empresariales o cualesquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de la AGE.
- Sociedades mercantiles estatales, definidas en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.
- Fundaciones del sector público estatal, definidas en la Ley de Fundaciones.
- Entidades estatales de derecho público distintas a las mencionadas.
- Consorcios dotados de personalidad jurídica propia (arts. 6.5 de la Ley 30/1992 y 87 de la Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local).

2. **Máximo responsable** es [art. 3.1 a) RD 451/2012] el Presidente ejecutivo, el consejero delegado de los consejos de administración o de los órganos superiores de gobierno o administración de los mencionados órganos, organismos o entidades con funciones ejecutivas o, en su defecto, el Director General o equivalente de dichos órganos, organismos o entidades. **Directivos** son 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, sólo limitadas por los criterios e instrucciones emanadas del máximo responsable o de los citados órganos de las entidades. También son directivos **"en todo caso"** quienes tengan tal condición **según "su legislación reguladora"** [art. 3.1 b) RD 451/2012]. Los **funcionarios** no tendrán la consideración de máximos responsables ni de directivos (art. 3.2 RD 451/2012).

3. La **adaptación de los contratos**, según la Instrucción 1/2012, de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado, "no debe confundirse con una novación modificativa que requiera el consentimiento de ambas partes contratantes, al no venir impuesta por la voluntad unilateral del empresario, sino por el cumplimiento estricto de lo ordenado en una norma legal cuya constitucionalidad se presume". En consecuencia, **no se trata de un supuesto subsumible en el art. 41 ET** (por lo que no hay que seguir su procedimiento ni pueden activarse sus efectos -favorables- para el trabajador). La adaptación supone, sencillamente, que la Administración/empresa ha de proceder a modificar el contrato (unilateralmente, siguiendo las pautas normativas: se trata de una **"adaptación forzosa"**) y a comunicar la modificación ya realizada al afectado (máximo responsable o directivo) y, en su caso, a los representantes legales de los trabajadores en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 8.3 del ET.

4. El **proceso de adaptación** es **gradual** (tres fases):

a) Adaptación a lo dispuesto en la **Disposición Adicional Octava del Real Decreto-Ley 3/2012** en relación con:

- **Retribuciones:** puede ser **"exclusivamente" de dos clases: básicas y complementarias**. Las retribuciones **básicas** "lo serán en

función de las características de la entidad e incluyen la retribución mínima obligatoria asignada a cada máximo responsable, directivo o personal contratado, por razón del grupo de clasificación en que resulte catalogada la entidad por parte de quien ejerza el control o supervisión financiera de esta o, en su caso, por el accionista" (apartado Tres.2). Las retribuciones **complementarias** comprenden un complemento de puesto y un complemento variable. El **complemento de puesto** retribuye "las características específicas de las funciones o puestos directivos" y el **complemento variable** retribuye "la consecución de unos objetivos previamente establecidos". Ambos complementos "serán asignados por parte de quien ejerza el control o supervisión financiera de la entidad o, en su caso, por el accionista" (apartado Tres.3).

- **Indemnización por desistimiento del contrato mercantil o laboral:** esta indemnización procede **"cualquiera que sea la fecha de su celebración"**, es decir, ex lege se impone a todos los contratos, al margen de los eventuales blindajes que en su momento se hubieran pactado, los cuales parece ser que no pueden tener efecto. El desistimiento ha de producirse -aclara con elementalidad la Instrucción 1/2012- después de la entrada en vigor del RD-Ley 3/2012 (el 12 de febrero de 2012). La **indemnización "no (será) superior a siete días por año de servicio de la retribución anual en metálico, con un máximo de seis mensualidades"** (apartado Dos.1). El cálculo de la indemnización "se hará teniendo en cuenta la retribución anual en metálico que en el momento de la

extinción se estuviera percibiendo como retribución fija íntegra y total, **excluidos los incentivos o complementos variables si los hubiere** (apartado Dos.2). **No tendrá derecho a indemnización quien "ostente la condición de funcionario de carrera** del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades locales, o sea empleado de entidad integrante del sector público estatal, autonómico o local con reserva de puesto de trabajo" (apartado Dos.3). En fin, el desistimiento deberá ser comunicado "por escrito, con un **plazo máximo de antelación de quince días naturales**" (apartado Dos.4). Advierte la Instrucción 1/2012 que al comunicar el desistimiento al afectado **deberá hacerse constar expresamente esta palabra ("desistimiento")**, debido a que, en otro caso, el tribunal "podría reconducir la extinción (por desistimiento) a un despido disciplinario u objetivo".

b) Adaptación al contenido del **RD 451/2012**, que incide fundamentalmente en materia de **retribuciones**:

- La **retribución básica** no podrá exceder, en cómputo anual, de los siguientes importes:
 - Entidades del grupo 1: 105.000 euros.
 - Entidades del grupo 2: 80.000 euros.
 - Entidades del grupo 3: 55.000 euros.
 - Las **retribuciones complementarias** comprenden un complemento de puesto y, en su caso, un complemento variable.
 - El **complemento de puesto** será asignado con arreglo a los siguientes criterios: 1.º competitividad externa ("situación retributiva del directivo en comparación con puestos similares del mercado de referencia"); 2.º estructura organizativa dependiente del puesto; 3.º peso relativo del puesto dentro de la organización; 4.º nivel de responsabilidad. El complemento de puesto no podrá superar el porcentaje máximo fijado para el grupo en el que se clasifique la entidad.
 - El **complemento variable** es potestativo y su percepción se condiciona a la consecución de unos objetivos. Este complemento no podrá superar el porcentaje máximo fijado para el grupo en el que se clasifique la entidad.
 - Las **retribuciones en especie**, si se perciben, computarán a efectos de cumplir los límites de la cuantía máxima de la retribución total.
 - Las retribuciones anteriores son **incompatibles** (art. 8 RD 451/2012) con las **asistencias** que procedería abonar en el supuesto de 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 [art. 27.1 a) RD 462/2002].
5. Para los **máximos responsables**, tanto si se trata de nueva contratación como de "adaptación" de sus contratos a las nuevas previsiones normativas, la Instrucción 1/2012 prevé la formalización de un **contrato mercantil** ajustado al modelo aprobado por el Ministro de Hacienda

y Administraciones Públicas e informado por la Abogacía del Estado (art. 4.1º y Disposición Adicional Primera RD 451/2012). Este modelo está aprobado por Orden comunicada del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, de 30 de marzo de 2012. Como **excepción**, la citada Instrucción aclara que si el máximo responsable es **Director General** se formalizará un **contrato (laboral) de alta dirección**.

6. En el caso de los **directivos**, la Instrucción 1/2012 toma como base el EBEP (art. 13.1º y 4º) y los principios de austeridad, eficiencia y transparencia en la gestión de sus retribuciones fijados en el art. 1 del RD 451/2012 y establece un **concepto especial ("más amplio")** de alto directivo en el sector público, con fundamento en algunas sentencias del TS y de TSJ's. Para los servicios jurídicos del Estado, basta con que una "norma específica de la Administración" defina una función como directiva o "atribuya a un determinado órgano o titular de un puesto de trabajo la condición de directivo, para que deba admitirse esta cualidad profesional (personal directivo), aun cuando no reúna los requisitos que se exigen en con arreglo al art. 1.2º RD 1382/1985, de 1 de agosto, y jurisprudencia que lo interpreta.
7. La Instrucción 1/2012 advierte que las relaciones jurídico-administrativas o estatutarias "no podrán ser susceptibles de modificación mediante la suscripción de contratos de Derecho privado (mercantiles o laborales). No se trata tanto de evitar el posible fraude a la hora de compatibilizar la condición (real) de funcionario con el percibo de la indemnización que corresponda por extinción del contrato o desistimiento, cuanto de alertar a los Abogados del Estado de que no informen favorablemente en los casos en que el puesto de máximo responsable o directivo debe ser desempeñado por personal funcionario (o con relación jurídico-administrativa o estatutaria) atendiendo al tipo de órgano, organismo o

entidad y a la integración del puesto, en aplicación de los criterios jurisprudenciales en la materia.

8. No tienen la condición ni de máximos responsables ni de directivos:

- a) Los **meros consejeros o administradores** (integrantes del órgano de administración, gestión, dirección o control sin funciones ejecutivas añadidas a las inherentes a tal condición: ejecutivos, asesores, etc.), cuyas retribuciones deben fijarse dentro de las cuantías máximas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para las indemnizaciones por asistencia reguladas en los arts. 27.1º a) y 28 del RD 462/2002, de 24 de mayo.
 - b) Los **directivos ordinarios o técnicos** que, aunque ostentan una posición elevada, no se califican como máximos responsables en aplicación del RD 451/2012 y de la Orden del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas.
9. En apoyo de la legalidad de la limitación de las retribuciones (y de las indemnizaciones) en el sector público, la Instrucción 1/2012 cita numerosas SSTC favorables y recuerda la doctrina de la célebre STS de 21 de marzo de 2002 (RJ 2002\4319) –que anuló otra de la Audiencia Nacional– según la cual **no vinculan a la Administración los convenios suscritos que contradigan una Ley** (de presupuestos), doctrina ésta que la Dirección del Servicio Jurídico del Estado entiende "aplicable a los contratos mercantiles y de alta dirección del sector público estatal si no respetan las especialidades previstas en la disposición adicional octava del Real Decreto-Ley 3/2012, en especial en materia de indemnizaciones por extinción y de retribuciones".
 10. La Instrucción 1/2012 concluye recordando la Sentencia del Tribunal de Cuentas nº 23/2009, de 30 de septiembre

& Noticias breves

(JUR 2009\466821) que declara la existencia de **responsabilidad** contable por reintegro por alcance de casi 750.000 euros y la responsabilidad de un ex alcalde por el abono de las retribuciones

de todo el personal municipal con incrementos superiores al límite legal establecido en la Ley de Presupuestos Generales, causando daño a los fondos públicos.